

Tilburg University

Terrein en beginselen van tuchtrecht

Doelder, Hans de

Publication date:
1981

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Doelder, H. D. (1981). *Terrein en beginselen van tuchtrecht*. [, Tilburg University]. W.E.J. Tjeenk Willink.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

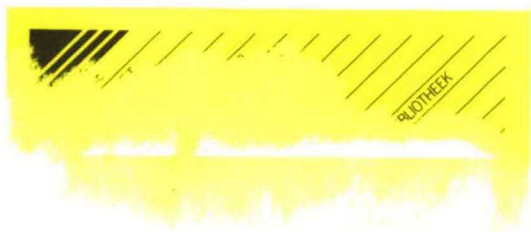
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

H. de Doelder

*Terrein en beginselen
van
tuchtrecht*

H. D. Tjeenk Willink Alphen aan den Rijn

Terrein en beginselen van tuchtrecht



ISBN 90 6092 094 5

Copyright © 1981, H. de Doelder, Rotterdam

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van H.D. Tjeenk Willink bv, gevestigd te Alphen aan den Rijn, die daartoe door de auteursrecht-hebbende met uitsluiting van ieder ander is gemachtigd.

Terrein en beginselen van tuchtrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor in de rechtsgeleerdheid
aan de Katholieke Hogeschool Tilburg,
op gezag van de rector magnificus, prof. dr. G.M. van Veldhoven,
in het openbaar te verdedigen ten overstaan van een
door het college van decanen aangewezen commissie
in de aula van de Hogeschool
op donderdag 18 juni 1981 te 16.15 uur precies
door

HANS DE DOELDER
geboren te 's Gravenhage

354 D 25

Katholieke Hogeschool Tilburg	S. Nr. 808129
	Sig
	UDC 043.3 : 343.11 (492)

Promotores:

Prof. Mr. A.C. 't Hart

Prof. Mr. Drs.W. Nieboer

Inhoud

	blz.
Lijst van gehanteerde afkortingen	IX
1 Het tuchtrecht in ons sanktiebestel	1
1.1 Inleiding	1
1.2 Sanktierecht	3
1.3 Probleemstelling	5
1.4 Doel van het betreffende rechtssysteem	8
1.4.1 Iets over het doel van het sanktioneren van overtredingen	8
1.4.2 Nevendoelen kunnen per stelsel verschillen	9
1.4.3 Hebben sankties uit het tuchtrecht en strafrecht verschil- lende nevendoelen?	10
1.4.4 Per sanktiesoort een ander doel?	13
1.5 Twee aspecten van het recht	14
1.6 Waartoe verplichten de normen?	17
1.7 Welke belangen worden gediend?	20
1.8 Is het tuchtrecht groepsrecht?	22
1.8.1 Literatuur	22
1.8.2 Eigen standpunt	25
1.9 Vrijwillige aanwezigheid	28
1.10 Positie benadeelde	29
1.10.1 'Klachtrecht' voor de individueel benadeelde	29
1.10.2 Dient de benadeelde <i>schade</i> te hebben ondervonden?	30
1.10.3 Benadeelde als rechter?	31
1.11 Het tuchtrecht heeft een eigen terrein	33
1.12 Bestaansrecht van het tuchtrecht	35
1.13 Indeling van het tuchtrecht in de literatuur	37
1.14 Eigen indeling	40
1.15 Inschaling	42

		blz.
2	De invloed van verdragen en de Grondwet	47
2.1	Inleiding	47
2.2	Artikel 5 Verdrag van Rome	48
2.3	Artikel 6 Verdrag van Rome	50
2.3.1	Wordt het tuchtrecht door artikel 6 beheerst?	50
2.3.2	Valt het tuchtrecht te begrijpen onder 'vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen?	50
2.3.2.1	Beperkt tot twistgedingen?	50
2.3.2.2	De zaak Ringeisen	51
2.3.2.3	De zaak Dona/Schul en Engel e.a.	53
2.3.2.4	De zaak König	55
2.3.2.5	Samenvatting en conclusie	57
2.3.3	Valt het tuchtrecht te begrijpen onder 'criminal charge'?	59
2.3.3.1	Inleiding	59
2.3.3.2	Ontwikkelingen in de jurisprudentie	60
2.3.3.3	De zaak Kiss	63
2.3.3.4	Samenvatting en conclusie	64
2.4	Afwijken van het Verdrag van Rome	66
2.5	Derdenwerking	69
2.6	Samenvatting	72
2.7	De Grondwet	74
3	Enige materieel-rechtelijke beginselen van het tuchtrecht	77
3.1	Inleiding	77
3.2	Het nulla poena-beginsel en enige daarmee samenhangende problemen	77
3.2.1	Enige literatuur over het beginsel in het tuchtrecht	77
3.2.2	Het beginsel in het strafrecht	80
3.2.3	Een nadere beschouwing over de inhoud van het nulla poena-beginsel	82
3.2.4	De mate van inspanning	84
3.2.5	Het nulla poena-beginsel in het tuchtrecht	87
3.2.6	Samenvatting	89
3.2.7	Enige voorbeelden	91
3.2.7.1	Medisch tuchtrecht	91
3.2.7.2	Tuchtrecht voor advocaten	95
3.2.7.3	Tuchtrecht voor notarissen	99
3.3	Opzet en schuld	102
3.3.1	Literatuur	102
3.3.2	De begrippen opzet en schuld	103

		blz.
3.3.3	Is voor een civielrechtelijke sanktie in het verbintenissenrecht schuld vereist?	104
3.3.4	Is voor een strafrechtelijke sanktie schuld vereist?	105
3.3.5	Ander schuldbegrip in het tuchtrecht?	106
3.3.6	Is voor een tuchtrechtelijke sanktie schuld vereist?	107
3.4	Rechtsmacht van de tuchtrechter	109
3.4.1	Wanneer is men groepslid?	110
3.4.2	Faits antérieurs	111
3.4.3	Fautes privées et fautes professionnelles	113
3.5	Andere materieel-rechtelijke vraagstukken	114
4	Het tuchtprocesrecht	116
4.1	De funktie van de 'tenlastelegging'	116
4.1.1	De tenlastelegging in het strafproces	117
4.1.1.1	Bewezenverklaring	117
4.1.1.2	Strafmaat	117
4.1.1.3	Hetzelfde feit	119
4.1.2	De dagvaarding in het civiele proces	120
4.1.3	De beschuldiging in het tuchtproces	121
4.1.3.1	Wet op de Bedrijfsorganisatie	121
4.1.3.2	Medisch tuchtrecht	122
4.1.3.3	Algemeen	123
4.2	De terechtzitting	126
4.2.1	Inleiding	126
4.2.2	Accusatoir of inquisitoir proces	128
4.2.3	Verschijning voor het gerecht	130
4.2.4	De verdediging	132
4.2.5	Openbaarheid	133
4.2.5.1	Openbaarheid van de behandeling ter terechtzitting	133
4.2.5.2	Openbaarheid van de beslissingen	137
4.2.6	Het vonnis	137
4.2.7	Voorzieningen	139
4.2.8	Kosten	141
4.2.9	Epiloog	142
5	Een dubbele vervolging, te weten in het straf- én tuchtrecht	144
5.1	Inleiding	144
5.2	Rechtsgronden van het ne bis in idem-beginsel	148
5.2.1	Strafrecht	149

		blz.
5.2.2	Privaatrecht	151
5.2.3	Algemeen	152
5.3	Het ne bis in idem-beginsel in het positieve recht	153
5.3.1	Inleiding	153
5.3.2	Het beginsel in het strafrecht	153
5.3.2.1	Eénzelfde feit	154
5.3.2.2	Vervolging	156
5.3.2.3	Verdere strekking?	157
5.3.2.4	Samenvatting	158
5.3.3	Het beginsel in het burgerlijk recht	158
5.3.4	Het beginsel binnen het tuchtrecht	162
5.4	De geldigheid van het ne bis-beginsel bij hantering van het straf- naast tuchtrecht in de literatuur	164
5.5	Uitwerking van de geldigheid van het ne bis-beginsel bij hantering van het straf- naast tuchtrecht	171
5.5.1	Inleiding	171
5.5.2	De Wet Economische Delicten	172
5.5.3	Het overig tuchtrecht	174
5.5.3.1	De werking van het beginsel	174
5.5.3.2	Volgorde bestraffing	179
5.5.4	Conclusie	181
6	Processueel gevolg van de 'externe' werking van het ne bis in idem-beginsel	182
6.1	Contacten tussen tucht- en strafrechter	182
6.2	Een enkel voorbeeld uit de praktijk	187
6.3	Gebruik maken van elkaars procesgegevens	189
6.4	Bewijs	193
7	Wenselijk tuchtrecht	196
7.1	Inleiding	196
7.2	Tuchtigingsrecht	196
7.3	Het wettelijk tuchtrecht	199
7.4	Het contractuele tuchtrecht	203
	Samenvatting	207
	Summary	211
	Literatuurregister	215
	Personenregister	220
	VIII	

Lijst van gehanteerde afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	Wet Algemene Bepalingen
A.G.	Advocaat-Generaal
A.M.v.B.	Algemene Maatregel van Bestuur
Appl.	Application
AROB	Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen
BW	Burgerlijk Wetboek
Coll.	Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights
DD	Delikt en Delinkwent
GG	Grundgesetzbuch
GW	Grondwet
HMG	Hoog Militair Gerechtshof
HR	Hoge Raad
IV	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
K.N.M.G.	Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst
Med. TW	Medische Tuchtwet
MC	Medisch Contact
MT	Medisch Tuchtcollege
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
N.J.V.	Nederlandse Juristen-Vereniging
NOR	Tribunalen in Nederland en andere na-oorlogsche rechtspraak
O.M.	Openbaar Ministerie
P.B.O.	Publiekrechtelijke Bedrijfsorganisatie
Regl. MT	Reglement Medisch Tucht recht en oplossing van geschillen
R.M. Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering

SEW	Sociaal-Economische Wetgeving (Tijdschrift voor Europees en economisch recht)
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Sv	Wetboek van Strafvordering
Trb.	Tractatenblad
VR	Verkeersrecht
VvR	Verdrag van Rome (Het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden)
W	Weekblad van het Recht
WED	Wet Economische Delicten
WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
WVW	Wegenverkeerswet
Yb.	Yearbook of the European Convention on Human Rights

1 Het tuchtrecht in ons sanktiebestel

1.1 Inleiding

Van Dale geeft als betekenis van het woord 'tuchtrecht': 'het geheel van regelen betreffende de tucht en de handhaving daarvan'.¹ Deze begripsomschrijving is dermate algemeen, dat daaronder inderdaad de diverse norm-handhavingssystemen, die tuchtrecht worden genoemd, geacht kunnen worden te zijn begrepen. Men denke hierbij aan tuchtrecht 'zoowel in het huisgezin als in de fabriek, onder ambtenaren en onder schepelingen, op de school en in de kerk, in de strafinrichtingen en aan de universiteiten'.² Het is echter de vraag of wat in die verschillende milieus als tuchtrecht wordt aangeduid, wel gemeenschappelijke kenmerken heeft, die de inhoud van het begrip tuchtrecht zouden kunnen bepalen en met vastheid omlijnen.

In de literatuur zijn diverse definities van 'tuchtrecht' te vinden. Soms gaat het om de kenmerken van een bepaald tuchtrecht,³ in andere gevallen wordt een poging gedaan om een algemene definitie te geven. G.E. Langemeijer acht de verzuchting: 'Si rogas quid sit tempus nescio, si non rogas intellego' mutatis mutandis voor het tuchtrecht toepasselijk.⁴ De schrijvers noemen wel allen het woord 'groep' of een synoniem daarvan in hun definitie. Dat lang niet iedereen met dat begrip hetzelfde bedoelt, wordt in paragraaf 8 behandeld.

Röling⁵ onderscheidt in zijn definitie ('Het geheel van regels, die de

1 C. Kruyskamp, *Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, 's Gravenhage 1976, p. 2575. Het woord tucht (oorspronkelijk: 'tocht') is afgeleid van het werkwoord 'tijken', dat trekken of slepen betekent. Oorspronkelijk was het woord 'tucht' vrijwel een synoniem van 'opvoeding' (vgl. het Duitse woord 'ziehen'). Zie hierover N. van Wijk, *Franck's Etymologisch Woordenboek*, 's Gravenhage, 1949, p. 712 jo 699; 695; 708. J. de Vries, *Nederlands Etymologisch Woordenboek*, Leiden, 1971, p. 752 jo 737; 733 en 734. Zie ook: H. de Bie, *Eenige beschouwingen over Tuchtrecht*, Utrecht, 1904, p. 1; F.F. Langemeijer, *Aard en functie van het militaire tuchtrecht*, Zwolle, 1977, p. 57.

2 De Bie, a.w. p. 6.

3 G.E. Langemeijer, *Tuchrechtspraak*, In: G.E. Langemeijer e.a., *Tuchtrecht*, Boekenreeks NJB 2, Zwolle 1975, p. 1.

4 Ibidem.

5 B.V.A. Röling, Is het wenschelijk, dat verband wordt gelegd tusschen de verschillende maat-

plichten aangeven van hen, die een bepaalde functie uitoefenen, en die ter handhaving daarvan sancties vaststellen') twee elementen. Het eerste element duidt op het streven naar een plichtsgetrouw gedrag, dat dient om een wenselijk geachte gang van zaken te bereiken. Daartoe hebben de betrokkenen zich overeenkomstig de bestaande normen te gedragen. De nakoming van die verplichting wordt zoveel mogelijk gewaarborgd door eventuele nalatigheid te bedreigen met nader omschreven of met ongeschreven sankties. Bepalingen over deze sankties vormen het tweede element in de definitie van Röling. Op dit tweede element concentreren zich veelal de definities van anderen.⁶

Van Agt geeft in zijn preadvies voor de N.J.V. geen definitie, omdat hij het bestaan van hét tuchtrecht ontkent:

Het tuchtrecht bestaat niet. Het gebruik van de generieke benaming 'tuchtrecht' voor de bonte verscheidenheid van regelingen, die in het preadvies vermeld zijn, dient te vuur en te zwaard te worden bestreden. Het heeft al te veel verwarring van geesten gebracht.⁷

Aan Van Agt moet worden toegegeven, dat met het woord 'tuchtrecht' vele regelingen in verschillende milieus plegen te worden aangeduid. In dit hoofdstuk zal worden nagegaan of die regelingen zoveel gemeenschappelijke kenmerken vertonen, dat zij alle terecht diezelfde kwalificatie toegedacht krijgen. Voorlopig lijkt het hier voldoende te wijzen op het feit, dat over de betekenis van het woord 'tuchtrecht' opvattingen bestaan, die niet eenduidig zijn en te constateren, dat aan het begrip 'tuchtrecht' uiteenlopende voorstellingen zijn verbonden.

regelen naar aanleiding van een zelfde feit, te nemen door den strafrechter en andere bij of krachtens de wet ingestelde organen? Zoo ja, op welke wijze ware dit verband te regelen? I Praeadvies, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1936, eerste stuk, p. 36.

- 6 Bijv: tuchtrecht is een recht, dat regelt 'hoe in een gemeenschap met een eigen doel (verschillend van dat van den Staat), doch werkzaam in het algemeen belang de leden kunnen worden gedwongen hun taak naar behooren te vervullen' (J.C.M. Ongerling, *Het tuchtrecht in het bedrijfsleven*, Utrecht-Nijmegen, 1946, p. 51) en tuchtrecht is een 'groepsrecht een recht tot straffen, dat wordt uitgeoefend in een bijzondere groep in tegenstelling met het in de Staat uitgeoefende strafrecht' (J.F. Taat, *Beschouwingen over tuchtrecht*, Boskoop, 1948, p. 2).

Zo ook Prins (W.F. Prins, *Tuchtrecht*, In: *R.M. Themis*, 1953, p. 548), die spreekt van 'groepssanctierecht'; overigens wees Meijers er al op (E.M. Meijers, *De onrechtmatige Overheidsdaad*, WPNR 2883, p. 225), dat het strafrecht in wezen bestaat uit regels, om de correcte gang van zaken te bevorderen en daarnaast uit sankties, om naleving van die regels af te dwingen. Een soortgelijke redenering zou men ook voor het tuchtrecht kunnen opzetten. (Vgl. noot 24).

- 7 A.A.M. van Agt, Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en het tuchtprocesrecht wenselijk? Preadvies, *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, deel 1, tweede stuk, p. 63.

1.2 Sanktierecht

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op het begrip sanktie, omdat dit woord op verschillende gebieden – binnen zowel als buiten het recht – wordt gebruikt. Sanktie (*sanctio*) stamt af van het latijnse werkwoord *sancio*.⁸ De grondbetekenis hiervan is: heiligen, onder de bescherming der goden onschendbaar maken. Vandaar de betekenissen: a. plechtig verordenden, vaststellen; b. bekrachtigen en c. op straffe verbieden.⁹ Het Nederlandse woord sanktie heeft diensgevolge twee specifieke betekenissen, te weten: a. bekrachtiging, goedkeuring, erkenning en b. dwangmiddel en vergeldingsmaatregel.¹⁰

Zo onderscheidt Duk 'positieve' van 'negatieve' sankties, in navolging van Bos en Van Maarseveen¹¹, doch hij uit zijn bedenkingen tegen 'het zonnige stelsel van beloningen'.

Ook Polak waarschuwt tegen een vergelijking deugd – ondeugd tegenover beloning – bestraffing zonder meer. Dan miskent men 'het ethische karakter van de deugd':

(...) Waarom eist de justitie, de gerechtigheid, straf voor euveldaad doch *geen beloning voor deugdbetoon*? Het dieper, zuiverder gevoel heeft dat reeds van ouds bevroed en geformuleerd in de zonderlinge, ietwat contradictoire spreuk: '*de deugd beloont zich zelve*', 'vindt haar loon in haar werk' enz. ... waarmee dus in één adem aanspraak van deugd op beloning, op vergelding, wordt *erkend en ontkend* ... Welnu: 'verdiend' is altijd, wat de rechtvaardige vergelding, d.w.z. de objectiverende belangenharmonisering meebrengt (...) ergo, waar zij slaagt, verschaft zij, wat haar 'toekomst' en is dus elke 'extra' beloning, betaling, equivalentstelling, overbodig en zelfs uit den boze, qua miskennis, verdenking der deugd (...).¹²

Maar hoe het zij met betrekking tot de deugdbeloning, hieronder zal slechts worden ingegaan op de 'negatieve' sankties en wel die sankties, die steunen op wettelijke bepalingen. Deze negatieve sankties grijpen in op de levenssfeer van het individu, waardoor deze juridisch interessanter zijn. Bovendien kennen we in de rechtsstelsels, waarmee het tuchtrecht hier wordt vergeleken, geen positieve (geregelde) sankties. Ook het tuchtrecht kent hoofdzakelijk negatieve sankties.

Aan de zogenaamde 'sociale' sankties,¹³ positieve zowel als negatieve

8 G.E. Mulder, *De sanktie*, DD 4 (1974) p. 9.

9 F. Muller/E.H. Renkema, *Beknopt Latijns-Nederlands woordenboek*, bewerkt door K. van der Heijde, Groningen, 1958, p. 825.

10 C. Kruyskamp, *Van Dale Groot Woordenboek* 1976, p. 2125.

11 W. Duk, *Tanden van het recht*, Zwolle, 1973, p. 11.

12 L. Polak, *De zin der vergelding*; deel II, Amsterdam, 1947, p. 326.

13 Duk, a.w., p. 11, spreekt over 'informele sancties'.

(bijvoorbeeld een goedkeurend knikje of een enveloppe met inhoud en het fronsen van de wenkbrauwen of een 'doodverklaren' of uitstoten uit de groep) wordt hier eveneens voorbijgegaan.¹⁴

Ons gehele rechtsbestel is, niet alleen op publiek- maar ook op privaatrechtelijk terrein, doorspekt met regelingen betreffende het gebruik van het (negatieve) sanktierrecht.¹⁵ 'Naast bevelen, verloven en voorschriften ter aanvulling van beloftenrecht, bevat de burgerlijke weg nog *sankties*, d.w.z. regelingen van het rechtsgevolg van overtreding van rechtsnorm of niet-nakoming van belofte', aldus Paul Scholten.¹⁶ Hij denkt hierbij concreet aan de vernietiging en ontbinding van overeenkomsten, de vrijwaring, de executie, de inkorting in het erfrecht en dergelijke.

Voor het administratief recht geldt, dat de administratie zonder rechterlijke tussenkomst administratiefrechtelijke sanktiemaatregelen kan nemen. Belinfante noemt de navolgende: de reële executie ('het doen weg nemen, beletten, verrichten of in vorige toestand herstellen van hetgeen in strijd met de bepalingen van wettelijke regelingen is of wordt gehouden, gemaakt, gesteld, ondernomen, nagelaten, beschadigd of weggenomen'), de parate executie van geldvorderingen, het intrekken van een vergunning en het opleggen van een geldboete in de gevallen, waarin de wet zulks toestaat.¹⁷

Uit het voorgaande blijkt, dat niet slechts het strafrecht (en het tuchtrecht) rechtsgebieden zijn waar sprake is van sankties.¹⁸ Ons gehele rechtssysteem heeft talrijke mogelijkheden gedrag te sanktioneren. Sankties op zich zijn dus niet specifiek voor tucht- en strafrecht. Vaak is het zo, dat na één materieel gebeuren diverse sankties mogelijk zijn. Een bakker bijvoorbeeld die de Hinderwet overtreedt, kan behalve strafrechtelijk, ook administratiefrechtelijk worden aangepakt, terwijl los daarvan nog privaatrechtelijke reacties mogelijk zijn.

We zouden zelfs kunnen spreken van een omvangrijk sanktiebestel, hoewel daarbij dient te worden bedacht, dat het karakter van de sankties in de diverse rechtsgebieden sterk kan verschillen. Hierop wordt nog te

14 Vgl. H. de Jager en A.L. Mok, *Grondbeginselen der sociologie*, Leiden, 1971, p. 58 en N.J. Smelser, *Sociology: an introduction*, New York, 1973, p. 5 en 6.

15 Ch.J. Enschedé/A. Mulder, *De wettelijke regelen betreffende de straftoemeting*, bewerkt door L.C.M. Meijers, Zwolle 1979, p. 9 e.v.

16 Asser-Scholten (*algemeen deel*) 1974, p. 25.

17 A.D. Belinfante, *Kort begrip van het administratief recht*, Alphen aan den Rijn, 1976, pp. 94-99; een in het oog springend voorbeeld van een geldboete: de gemeente Rotterdam heeft in 1975 aan een groot bedrijf in het Rijnmondgebied wegens overtreding van de erfpachtvoorwaarden bij wijze van effectuering van een boetebeding bij de erfpachtovereenkomst een boete opgelegd van — uiteindelijk — enige tienduizenden guldens. (Het bedrijf had nagelaten de gemeente onmiddellijk in kennis te stellen van een uitgebroken brand op zijn terrein). Vgl. A. Mulder, *Economische macht van gemeenten: De Oxirane-zaak*, SEW, p. 588 e.v.

18 Men zie over de grenzen van administratief- en strafrechtelijke sankties: *De verhouding van administratieve sankties en straffen*, praeadviezen van de Vereniging van administratief recht, A.D. Belinfante en A. Mulder, Haarlem, 1957.

ruggekomen, maar nu reeds kan worden gesteld, dat privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke sankties in het algemeen meer tenderen naar herstel van de materiële verhoudingen vóór de litigieuze daad, terwijl sankties uit het straf- en tuchtrecht meer de neiging vertonen leed-toevoegend te werken.

Voor een goed begrip zij hier overigens nog opgemerkt, dat wanneer de term 'straf' in het hiernavolgende zal worden gebruikt, gedacht dient te worden aan een (negatieve) sanktie uit het 'strafrecht'. De overige sankties zullen nader worden omschreven door expliciete vermelding van het rechtsgebied, aangeduid door de bijvoeglijke naamwoorden: 'tuchtrechtelijk', 'administratiefrechtelijk' of 'privaatrechtelijk', dan wel equivalenten daarvan.

1.3 Probleemstelling

In de volgende hoofdstukken zullen enige formeel- en materieelrechtelijke beginselen van tuchtrecht worden behandeld. Maar eerst zal ik in dit hoofdstuk proberen te komen tot een plaatsbepaling van het tuchtrecht in het totale sanktiebestel. Begonnen wordt met de idee, dat het tuchtrecht een eigen terrein heeft in het grotere geheel van het recht — zulks in overeenstemming met de beweringen van verschillende bekende schrijvers over dit onderwerp.

Zo kende Nézard als eerste aan het tuchtrecht een aparte plaats toe: strafrecht en tuchtrecht zijn niet identiek, beide berusten wel op 'le droit social de punir'. Met instemming citeert Nézard dan ook de Procureur-General Dupin: 'L'action disciplinaire échappe aux règles de l'action civile et de l'action criminelle. Elle diffère essentiellement de l'une et de l'autre: c'est une action plus large, plus délicate qui repose sur une infinité de nuances que le législateur n'a pu définir ... elle n'est ni civile ni criminelle, elle est *sui generis*'.¹⁹

Ook Mayer stelde: 'Hauptergebnis erscheint mir die Erfassung der Zuchtgewalt als der dritten groszen Rechtszwangform neben der Gewalt des Zivil- und des Strafrechts'.²⁰ Röling kwalificeert Mayer in dit verband als een enkeling, die de bijzondere betekenis van het tuchtrecht reeds vroeg zag.²¹ Verpaalen tenslotte zag eveneens voor het tuchtrecht een aparte plaats in het sanktiesysteem: 'Strafrecht, tuchtrecht en administratieve sancties zijn takken van dezelfde stam, namelijk complexen van

19 H. Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, Paris, 1903, p. 109.

20 H. Mayer, *Zuchtgewalt und Strafrechtspflege, Ein grundsätzlicher Versuch*, Leipzig, 1922, p. 10. Zie Röling, a.w., p. 30. Dat Mayer het tuchtrecht slechts vergelijkt met strafrecht en civielrecht, heeft voor dit betoog geen fundamentele betekenis.

21 Röling, a.w., p. 30.

rechtsregels, waarvan de nakoming door leed toebrengende sancties wordt gewaarborgd'.²²

Er behoeft overigens niet te worden volstaan met het verwijzen naar schrijvers: in de praktijk blijkt namelijk, dat het tuchtrecht aanleiding geeft tot allerlei eigen aardige problemen, kenmerken of vraagstukken, die niet kunnen worden opgelost of beantwoord door herleiding van het tuchtrecht tot enig ander rechtsgebied.

Hierna zal worden getracht dit aparte karakter van het tuchtrecht op verschillende punten te demonstreren. Daarbij zullen we tevens stuiten op een complicatie, namelijk op de reeds gesignaleerde bonte verscheidenheid binnen het tuchtrecht zelf, waardoor dit uiteenvalt in allerlei vormen, die onderling weer verschillen. Deze veelvormigheid doet op zijn minst twee nieuwe vragen rijzen. Ten eerste: zijn er één of meer bruikbare indelingen van het tuchtrecht mogelijk? En ten tweede: verdient alles wat tuchtrecht wordt genoemd die naam eigenlijk wel, of: welke zijn de grenzen van het tuchtrecht? Primair interesseert ons de plaats van het tuchtrecht binnen het geheel van de bestaande rechtsstelsels.

Uit de citaten hierboven blijkt al, dat de vraag naar deze plaats in het verleden vaak is gesteld. Zo vroeg ook Röling zich af: 'Waar hoort het tuchtrecht thuis?', nadat hij de bekende woorden van Hauriou: 'Le droit disciplinaire, dans notre système juridique moderne, est comme un orphelin qui cherche ses parents sans les pouvoir trouver' had aangehaald.²³ Enerzijds komt men in de literatuur de mening tegen, dat het tuchtrecht soms van publiekrechtelijke, soms van privaatrechtelijke aard is; het tuchtrecht zou in beide rechtssferen voorkomen.²⁴ Anderzijds waarschuwt Né-

22 O.A.C. Verpaalen, Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en het tuchtprocesrecht wenselijk? Preadvies, *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel I*, derde stuk, p. 84. Door instemmend Van der Poel (J. van der Poel, *Rondom compositie en compromis, fiscale studie in bestuurs- en strafrecht*, Utrecht, 1942, p. 298: 'Tuchtrecht is naar mijne meening niet anders dan strafrecht voor den engeren kring, waarvoor de tusschenkomst van den strafrechter — voor zoover de toepassing van dien maatregel reikt — is uitgesloten') aan te halen, zou men kunnen menen, dat Verpaalen het tuchtrecht als onderdeel van het strafrecht ziet. Toch lijkt het tegendeel waar: 'Het is een kwestie van juridische efficiency, van juridisch-pragmatisch inzicht welke sanctie men kiest, een strafrechtelijke, een tuchtrechtelijke, een administratieve' (Verpaalen ibidem). De moeilijkheid zit in de omstandigheid, dat Verpaalen het woord strafrecht ook als synoniem voor sanktierecht gebruikt.

23 Röling, a.w., p. 31 e.v.

24 Vgl. Ogering, a.w., p. 15, waar deze onderscheid maakt tussen tuchtrecht van publiekrechtelijke en tuchtrecht van privaatrechtelijke aard. De vraag, die hier rijst, is die naar de betekenis van de termen *privaat-* en *publiek recht*. Paul Scholten (*Asser-Scholten* (algemeen deel) Zwolle, 1974 p. 30) noteert: 'Het privaatrecht wijst de algemene gedragsregelen aan, het *gemene recht* is daarvoor de juiste term. In het publiekrecht worden ... evenzeer gedragsregelen gegeven, bevelen der overheid, rechtsregels, als die van het gemene recht, die dat recht terwille van de staatstaak aanvullen en er van afwijken.' Vooral de vraag waartoe het strafrecht behoort roept vragen op: 'Men leert tegenwoordig strafrecht is publiek recht. Dat schijnt mij een uitspraak zonder zin. Het strafrecht geeft een bijzondere sanctie zowel aan sommige nor-

zard tegen verwarring van tuchtrecht met het privaatrecht en het gewone publiekrecht.²⁵

In zijn *Overzicht van eenige theorieën omtrent het Tuchtrecht* behandelt De Bie een reeks, vooral buitenlandse, schrijvers waarbij hij komt tot een verdeling in drie groepen. Niet de normen staan bij hem centraal, maar de sankties. Zijn uitgangspunt is de vraag: waaruit spruit de eigenaardigheid voort van de tuchtstraf in vergelijking met de gewone straffen (die De Bie rechtsstraffen noemt)?²⁶ Sommige schrijvers voeren hiervoor de 'rechtsgrond' aan, anderen het verschil in het doel van de straf, weer anderen zoeken het verschil in de kring, 'binnen welke het leed veroorzakend middel wordt toegepast'.

Hier wordt volstaan met het verwijzen naar deze uitgebreide literatuurstudie en kan worden vastgesteld, dat De Bie reeds in 1904 behoefte had aan een indeling van de vele schrijvers over dit onderwerp. Aan het eind van zijn rubricering moet De Bie opmerken, dat hij bij het bespreken van schrijvers volgens deze indeling niet altijd consequent is kunnen blijven, door hun niet altijd even duidelijke en consequente gedachtengangen.²⁷

In het navolgende zullen een aantal schrijvers van hoofdzakelijk latere datum de revue passeren, waarbij opgemerkt moet worden, dat duidelijke en consequente theorieën nog steeds niet mogelijk blijken te zijn. Net als De Bie deed, zal de terreinverkenning worden verricht vanuit een aantal verschillende gezichtspunten (checkpoints), die nogal eens in de literatuur worden genoemd om overeenkomsten, dan wel verschillen tussen het tuchtrecht en een ander rechtsgebied aan te tonen. Deze gezichtspunten zullen worden getoetst aan het privaatrecht, administratief recht en het strafrecht: immers dit zijn de in het oog springende gebieden van het recht, waarin, evenals in het tuchtrecht, de mogelijkheid bestaat sanktioneren

men van gemeen recht als aan regels van administratiefrechtelijke aard.' (Asser-Scholten, a.w., p. 31).

E.M. Meijers behandelt eveneens deze zaak. Hij wijst erop, dat men bij het strafrecht moet onderscheiden tussen *norm* en *sanktie*. 'Wil men het strafrecht onder het publiekrecht onderbrengen, dan kan men dit doen, maar dan heeft men uitsluitend het oog op de in de strafvoorschriften opgenomen sancties.' (E.M. Meijers, *WPNR* 2883, p. 225). In het hiernavolgende zal echter met de term 'privaatrecht' bedoeld worden op het civiele, burgerlijke recht ter onderscheiding van administratief- en strafrecht.

Van Agt, a.w., p. 9 zet een vraagteken bij het belang van het onderscheid privaatrechtelijk – publiekrechtelijk tuchtrecht. Hij vraagt zich af, of dit onderscheid gevolgen heeft. Vgl. ook: J.F. Rang, Medisch tuchtrecht, in: *'Tuchtrecht'* van G.E. Langemeijer, e.a., Boekenreeks NJB 2, Zwolle, 1975, p. 111.

25 Nézard, a.w., p. 393: 'D'une part, le droit disciplinaire se distingue nettement du droit privé (...) La répression disciplinaire n'est pas une réparation civile issue de la violation d'un contrat ou née d'un quasi-délit. L'action disciplinaire n'est pas basée sur une lésion d'intérêts privés (...) D'autre part, si le droit disciplinaire répond à un intérêt public d'ordre social et par conséquent appartient au droit public, il ne se confond pas cependant avec le droit public commun'.

26 De Bie, a.w., pp. 11-49.

27 ibidem p. 48.

op te treden. Na de behandeling van de checkpoints zal de positie van het tuchtrecht in het algemeen kunnen worden geëvalueerd.

Het onderzoek zal worden verricht aan de hand van de volgende controlepunten: allereerst zal worden gekeken naar het doel van de normen en de sankties in de verschillende rechtsgebieden, vervolgens worden de functies van elk rechtsgebied nader beschouwd. In de derde plaats is er aandacht voor de aard van de normen; vervolgens zal worden gezien wiens belangen door het rechtsgebied worden beschermd en of het tuchtrecht, ter onderscheiding, terecht 'groepsrecht' wordt genoemd; vergelijkingen zullen worden gemaakt met betrekking tot de vrijwilligheid om zich aan een bepaald rechtssysteem te onderwerpen en zich daaraan weer te onttrekken en tot slot zullen enige meer positiefrechtelijk getinte vragen worden behandeld, waarbij de 'benadeelde' centraal staat: kan de 'benadeelde' zelf een procedure initiëren, moet er schade aan hem zijn toegebracht en treedt de 'benadeelde' zelf als rechter op?

Bij het behandelen van deze punten zullen in het algemeen voornamelijk theoretische verschillen en overeenkomsten genoemd worden. Vanuit dat onderzoek zullen in de navolgende hoofdstukken positiefrechtelijke, zowel materieel- als formeelrechtelijke conclusies getrokken worden.

1.4 Doel van het betreffende rechtssysteem

1.4.1 *Iets over het doel van het sanktioneren van overtredingen*

Normen en regels zijn in het algemeen afdwingbaar. In de verschillende rechtssystemen worden overtredingen veelal met sankties bedreigd. Deze sankties strekken ertoe een richtige naleving van de normen en regels te bevorderen. In ons gehele recht lijken de sankties voor die normhandhaving²⁸ zorg te dragen: in het recht hebben ongesanktioneerde normen een noodlijdend bestaan.

Zowel privaatrechtelijke, administratiefrechtelijke, als strafrechtelijke sankties zijn dienstbaar aan die handhaving van de normen. Normhandhaving lijkt zo *bet* (voor de hand liggende) doel van *elk* rechtssysteem en derhalve ook van het tuchtrecht.

Bij het gebruik van de term normhandhaving dient overigens het misverstand te worden voorkomen, dat het slechts gaat om de samenleving in statisch evenwicht te houden. Er moet ruimte zijn voor ontwikkeling, voor veranderingen van waarde-opvattingen en structuren.²⁹

28 J. ter Heide, *Vrijheid, Over de zin van de straf*, Den Haag 1965, p. 171. Zie ook: pp. 173-177, waar nader op de normhandhaving wordt ingegaan.

29 Vgl. H. Franken, *Mensbeeld, maatschappijopvatting en rechterbeeld, Trema*, 1980, pp. 35-43 i.h.b. p. 41.

In de literatuur over het tuchtrecht treffen we bij De Bie een poging aan om het onderscheid tussen tucht- en strafrecht te verklaren uit een verschil in doeleinden. Zijn conclusie luidt:

Wij treffen in het maatschappelijk leven aan de bestraffing van misdrijven, van politie-overtredingen en van tuchtvergrijpen. Dat deze drie soorten onderlinge afwijkingen vertoonen, stond feitelijk vast, naar een eventueel kwalitatief verschil werd door mij een onderzoek ingesteld.

Als resultaat hiervan meen ik thans te mogen vaststellen, dat het tuchtrecht met de daaruit voortvloeiende tuchtmiddelen kwalitatief gelijk is aan het politierecht met zijne politiestrafen. Beide beoogen de bevordering van den goeden gang van zaken in den kring, waarbinnen zij gelden.

Tezamen echter zijn zij kwalitatief te onderscheiden van het eigenlijke strafrecht, dat hoezeer ook de rechtsorde beschermende daaraan toch niet zijn inhoud en doel ontleent, maar veeleer is de handhaving van die normen, zonder welke geen rechtsorde zou kunnen bestaan, die door God als grondslagen der samenleving zijn gesteld, en die hier op aarde door de Overheid bij de gratie Gods, desnoods met het zwaard, ongeschonden bewaard of in eere hersteld moeten worden.³⁰

Prins heeft zich tegen de opvatting van De Bie verzet:

Het tuchtrecht vervult binnen de kring zowel de rol van het 'eigenlijke' strafrecht door bescherming van de waarden zonder welke de groep niet kan bestaan, als die van het politiestrafrecht, hetwelk gericht is op de verzekering van een ordelijke gang van zaken.³¹

De Bie ziet als sanktiedoel van het tuchtrecht slechts de bevordering van de goede gang van zaken binnen de kring, terwijl Prins hieraan (terecht) wil toevoegen de bescherming van waarden, de normhandhaving, zonder welke de groep niet kan bestaan.

1.4.2 *Nevendoelen kunnen per stelsel verschillen*

Deze opvatting laat uiteraard de mogelijkheid onverlet, dat de verschillende gebieden van het sanktierecht, al naar gelang zij hun oorsprong vinden in het administratief, privaat-, straf- of tuchtrecht, wellicht in onderscheidene mate nevendoelen kunnen nastreven.³² Zo is bijvoorbeeld een in het oog springend doel van art. 1401 BW mede het creëren van de oude ver-

30 De Bie, a.w., pp. 214 en 215.

31 Prins, t.a.p., p. 552.

32 Overigens zijn allerlei (sub)doelen van het strafrechtelijke sanktierecht door Nagel uitgebreid behandeld. W.H. Nagel, *De functies van de vrijheidstraf*, Kriminologische cahiers 3, Alphen aan den Rijn, 1977.

eccl
NVA | mogenssituatie, zoals die zou zijn geweest, als de onrechtmatige daad niet had plaats gevonden. Een dergelijk specifiek streven wordt in het straf- en tuchtrecht in het algemeen gemist.

Wanneer *Hulsman* spreekt over de doelstellingen van het strafrechtelijk systeem, dan heeft hij het onder meer over rechtsontwikkeling, conflictoplossing en gedragsbeïnvloeding.³³ Voor zover deze doelen niet geacht kunnen worden te zijn begrepen in de algemene term normhandhaving (dit geldt wellicht voor conflictoplossing en rechtsontwikkeling), zijn de doeleinden van *Hulsman* zeker bruikbaar als nevendoelen van het sanktierecht in het algemeen. Voor het strafrecht zijn de algemene en speciale preventie, alsmede een zekere vorm van vergelding, overigens aanvaarde doelstellingen.

Het administratief recht kent als invulling van de normhandhaving een beginsel, dat als 'het algemeen nut' zou kunnen worden omschreven, maar ook hier komen vaak meer specifieke nevendoelen naar voren, bijvoorbeeld: een vergunningensysteem in het kader van de Wet Verontreiniging Oppervlaktewater wordt in stand gehouden ter bevordering van een schoon milieu, en benzinstations hebben vergunningen nodig in verband met de veiligheid van de omgeving.

1.4.3 *Hebben sankties uit het tuchtrecht en strafrecht verschillende nevendoelen?*

De opvatting, dat in het tuchtrecht 'maatregelen' worden genomen, die geabstraheerd worden van de schuld van de dader en die slechts op de toekomst gericht zijn,³⁴ wordt wel gebruikt om het verschil tussen het tuchtrecht en strafrecht aan te duiden. Inderdaad beogen 'maatregelen' in het strafrecht, in de zuivere vorm, 'geen leedtoevoeging maar uitsluitend bescherming van de maatschappij en genezing, verbetering en opvoeding van degenen die ze moeten ondergaan.'³⁵

De zogenaamde 'moderne richting' is de oorsprong geweest van de maatregelen.³⁶ Door de opneming van de maatregelen is ons strafrecht in principe 'zweispurig' geworden.³⁷ Maar zowel met de oplegging van een vrijheidsbenemende straf, als van een dito maatregel werkt men aan de op-

33 L.H.C. *Hulsman*, *Kriteria voor strafbaarstelling*, In: *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn, 1972, p. 82 e.v. Overigens is een nadeel van het accepteren van meerdere doeleinden, dat een doeleinden-hiërarchie ontbreekt. Wellicht blijft er nu een te vrijblijvende 'voor elk wat wils' theorie over. (Vgl. W. Nieboer, *Straf en maatregel*, Arnhem, 1973, p. 12).

34 C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, Over het wezen van den disciplinair maatregel, *Tijdschrift voor Strafrecht*, XLV (1935), pp. 17-26. Zie ook Van Agt, a.w., p. 61.

35 J.M. van Bemmelen, *Ons strafrecht I*, Alphen aan den Rijn, 1979, p. 18.

36 W. Nieboer, a.w., 1973, p. 1.

37 Van Bemmelen, a.w., p. 18.

lossing van sociale problemen en hiermee aan de voorbereiding tot de terugkeer in de maatschappij.³⁸ Een helder verschil tussen hedendaagse straffen en maatregelen bestaat niet (meer).³⁹ Als doel van straf en maatregel ziet ook Nieboer: normnaleving.⁴⁰ Hij wijst echter op de principiële verschillen:

Want de straf stamde uit het zgn. klassieke strafrecht, terwijl met de maatregel de ideeën van de zgn. moderne richting werden geadopteerd.

De *klassieke richting* lette op het gepleegde *delict* en op de *schuld* en liet hierdoor in sterke mate de zwaarte van de straf bepalen. De rechter moest dus vooral kijken naar wat in het *verleden* plaats vond. De *moderne richting* keek naar het *gevaar* en dacht in termen van beveiliging door verbetering ...⁴¹

Nog afgezien van het schuldvereiste voor de straf, dat zou ontbreken bij de 'tuchtstraffen' (in hoofdstuk 3 wordt hierop teruggekomen), kan thans reeds worden gesteld, dat de opvatting, dat de tuchtstraf in zijn algemeenheid een 'maatregel karakter' heeft, niet steekhoudend gefundeerd kan worden: het ligt niet voor de hand, dat de 'tuchtstraf' in hoofdzaak naar de toekomst kijkt. Ook hier wordt omgezien naar de strafwaardigheid van de achterliggende daden. Net zoals in het strafrecht dienen we er van uit te gaan, dat ook de sankties in het tuchtrecht gekoppeld worden aan het delikt en aan de dader. Wanneer echter accenten moeten worden aangegeven, dan zou men wellicht kunnen stellen, dat de sankties uit het tuchtrecht meer een 'maatregel'-karakter hebben, meer op de toekomst zijn gericht, meer gericht zijn om de groep in de toekomst een verwerpelijk gedrag te besparen. Daar waar het tuchtrecht is of wordt gecodificeerd, kan men argumenten vinden voor deze opvatting. Als voorbeeld diene artikel 46 van de Advocatenwet, dat als volgt luidt:

De tuchtrechtspraak heeft ten doel het weren en beteugelen van misslagen, door advocaten in de uitoefening van de praktijk begaan ...

Geheel in overeenstemming daarmee is de gedachte van de A.G. Kist voor HR 10 november 1978, NJ 1979-53:

In het medisch tuchtrecht staat niet primair correctie van wat misdaan werd, doch handhaving van het peil van het beroep en van het vertrouwen dat het publiek daarin stelt.

38 Nieboer, a.w., p. 6; zie art. 26 Beginselenwet Gevangeniswezen (wet van 21 december 1951, S 596).

39 Nieboer, a.w., p. 7; in een recentere publikatie (*Psychiatrie en recht, Hoofdstukken uit de forensische psychiatrie*, Deventer 1977) werkt Nieboer (pp. 116-119) met een glijdende schaal. Het verschil tussen straf en maatregel is niet meer alternatief, maar polair.

40 Nieboer, 1973, p. 12.

41 Ibidem, p. 3.

Toch moet dit accentverschil voorzichtig worden gehanteerd. De hier gekozen voorbeelden zijn namelijk ontleend aan soorten tuchtrecht, die ten behoeve van het publieke belang in wetten zijn geregeld ('wettelijk tuchtrecht'). Door zo'n vastlegging in een wet krijgt dit tuchtrecht een wat apart karakter, dat niet zomaar ook aan ander 'tuchtrecht' mag worden toegeschreven. Bovendien sluiten ook de hier genoemde voorbeelden helemaal niet uit, dat voor een tuchtstraf verwijt nodig is — integendeel: het publiek, wiens vertrouwen is geschonden, zal wel zo redelijk zijn een tuchtstraf onbillijk te vinden, als de dader 'er helemaal niets aan kon doen'. Later wordt op dit probleem uitvoeriger teruggekomen.

Inderdaad is ook in het tuchtrecht plaats voor de integratie van de ideeën van de *klassieke* en *moderne richting*. Men zal in beginsel toch ook hier, bij het sanktioneren, terugkijken naar een onjuiste daad⁴² (retrospectie). Bij de vraag, wat te ondernemen (welke sanktie), zal uiteraard de toekomst een belangrijke factor zijn, maar óók in het tuchtrecht is de daad een uitgangspunt voor de soort en de zwaarte van de sanktie.

Wellicht is een reden van deze verwarring het feit, dat in 'tuchtwetten' dikwijls gesproken wordt over 'maatregelen',⁴³ terwijl we in het strafrecht hier eenvoudig van 'straffen' zouden spreken. Een verschil dus in gehanteerde terminologie, waarvoor men moet oppassen, aangezien de term 'maatregel' in het tuchtrecht niet overeenstemt met de betekenis van de term 'maatregel' in het strafrecht, die hier mede inhoud krijgt door het onderscheid met de term straf. Dat is al in 1936 verkondigd door Röling, zij het vanuit een ander uitgangspunt:

Strafrecht en tuchtrecht dienen beide het algemeen welzijn. Het eerste meer direct dan het tweede, waar als onmiddellijk doel geldt het welzijn van de groep. Strafrecht en tuchtrecht stemmen dus overeen in dit doel: bevorderen van het welzijn van den kring, waarin zij gelden, d.i. resp. de gemeenschap en de groep. Beiden streven dit na met gelijke middelen: straffen en maatregelen ...⁴⁴

Zelfs in het privaatrecht en administratief recht vinden we dit tweeledig doel terug. De sankties uit het privaatrecht zijn, behalve gericht op het verleden, ook veelal een uitspraak voor de toekomst: men weet waar men zich aan te houden heeft, men kent de gevolgen. Hier echter zou men wellicht met meer succes de opvatting kunnen verdedigen, dat het accent meer op het repressieve, dan op het preventieve ligt: bijvoorbeeld de rech-

42 Bovendien kan de 'tuchtstraf' slechts een fundamenteel en intrinsiek verband hebben (onlosmakelijke grondslag) met het delikt en kan er niet slechts sprake zijn van een occasioneel en extrinsiek verband (aanleiding). Vgl. W.H.A. Jonkers, *Het penitentiair recht*, Arnhem, p. IV-5 e.v.

43 Artikel 5 van de Medische Tuchtwet bijvoorbeeld, luidt: 'De maatregelen, bedoeld in de vorige artikelen, zijn ...'

44 Röling, a.w., p. 48 en 49.

terlijke uitspraken lossen in de *eerste* plaats een *geschil* tussen partijen op; het ontbinden van een huwelijk is in de eerste plaats een daad naar aanleiding van een bepaalde situatie tussen partijen. In het administratief recht lijkt er een plaats voor een accentverschil naar de andere kant. Zo is enerzijds het overtreden van voorwaarden wel degelijk een aanleiding om vergunningen in te trekken, maar anderzijds gaat het hier meer om het voorkomen, dat bijvoorbeeld het milieu langer verontreinigd of anderszins geschaad wordt.

Concluderend kan hier worden gesteld, dat we te maken hebben met één sanktiedoel voor alle rechtssystemen. In de nevendoelen van het straffen tuchtrecht kan geen principieel onderscheid worden gemaakt. Maar tussen de (sub)sanktiedoelen van het tuchtrecht enerzijds en respectievelijk het administratief- en privaatrecht anderzijds zijn mogelijk wel accentverschillen aan te geven.

1.4.4 *Per sanktiesoort een ander doel?*

Is er dan een essentieel verschil in het feit, dat het tuchtrecht geheel andere sankties kent en dáárhoor wellicht andere sanktiedoelen heeft? G.E. Langemeijer zoekt hét essentiële kenmerk van het tuchtrecht inderdaad in de sanktie. Hij omschrijft het aldus:

Meer is te zeggen voor de aard van de sanctie als beslissend kenmerk. Weliswaar zou dit voor ons recht niet volkomen opgaan. Zo is de ontzegging van beroepsuitoefening een sanctie die strafrecht en tuchtrecht gemeen hebben. De hoofdstraffen van het strafrecht en de sancties, die de tuchtrechtspraak kan opleggen overlappen echter, zover ik zie elkaar in ons recht nergens, behalve de berisping als tuchtstraf in het medisch tuchtrecht en als kinderstraf, waarbij dus samenloop in feite is uitgesloten. Die weinige gemeenschappelijke trekjes behoeven misschien geen bezwaar te zijn om in de sanctie toch het essentiële kenmerk te zoeken.⁴⁵

Langemeijer moet worden toegegeven, dat de sankties in het tuchtrecht veelal specifiek tuchtrechtelijke sankties zijn. Het zou een reden kunnen zijn het tuchtrecht te verkiezen in een concreet geval, boven een ander sanktierrecht. Zo ziet men ook dat politiedwang - een administratiefrechtelijke sanktie - wel wordt verkozen boven een strafrechtelijke sanktie. Want ook de sankties uit het administratief recht zijn specifiek administratiefrechtelijk, net zoals de sankties uit het privaatrecht specifiek privaatrechtelijk zijn.

De door Langemeijer genoemde gemeenschappelijke trekjes met het strafrecht gaan overigens wel verder. Wanneer we in dit kader de straffen,

⁴⁵ G.E. Langemeijer, t.a.p. (1975), p. 6 en 7.

zoals genoemd in art. 9 van het Wetboek van Strafrecht, systematisch na gaan, dan is de derde hoofdstraf, de geldboete, een straf, die in het tuchtrecht toch ook een zeer belangrijke plaats kan innemen. Een vrijheidsbenemende straf hoort bij de meeste vormen van tuchtrecht genoemd worden de rechtssystemen niet thuis. Maar wanneer we dit bezien als een tijdelijke uitstotingsstraf, dan dringt een vergelijking met een tuchtrechtelijke schorsing zich op. Alleen in het militair tuchtrecht kan aan echte vrijheidsbenemende sankties worden gedacht en wellicht ook in het tuchtrecht voor gedetineerden. In het volgende hoofdstuk wordt hierop overigens nader ingegaan.

Het strafrecht kent de volgende zogenaamde 'bijkomende'-straffen: a. de ontzetting van bepaalde rechten; b. plaatsing in een rijkswerkinrichting; c. verbeurdverklaring van bepaalde voorwerpen en vorderingen; d. openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak. Welke zijn hiervan voor het tuchtrecht van belang?

Langemeijer wees al op de eerste, de ontzegging van beroepsuitoefening, welke een erg wichtige sanktie uit het tuchtrecht kan zijn. De bijkomende straffen genoemd onder b. en c. komen in het tuchtrecht niet voor, doch de openbaarmaking van een straf daarentegen, die in het strafrecht weliswaar kan, doch nauwelijks wordt opgelegd, is in het tuchtrecht in de vorm van een publikatie van een sanktie in bijvoorbeeld een vakblad of het verenigingsorgaan een veel toegepaste handelwijze.

We kunnen zo concluderen, dat er nogal wat sankties zijn, die in het tuchten strafrecht kunnen worden opgelegd: de tuchtrechtelijke en strafrechtelijke sankties verschillen niet zo fundamenteel en principieel als het op het eerste gezicht lijkt. Maar bij de beantwoording van de vraag welk sanktierrecht moet worden gehanteerd kan het feit, dat het strafrecht beschikt over de zwaarste straffen, wel een belangrijke factor zijn geweest. Vervolgens kiest de rechter in elk sanktierrecht *de* sanktie die het best past bij de concrete situatie, binnen de door dat sanktierrecht bestaande mogelijkheden. Maar hieruit kunnen geen principiële, algemeen geldende conclusies worden getrokken.

1.5 Twee aspecten van het recht

Thans is de bijzondere werking (hier te noemen: de functie) van de verschillende onderdelen van het recht aan de orde. De reeds besproken doeleinden, die aan de straf worden toegekend gaan impliciet uit van een instrumentele functie: het strafrecht als instrument om actief een doel na te streven door in te grijpen in de samenleving.⁴⁶ Peters daarentegen gaat,

46 J. Soetenhorst-de Savornin Lohman onderkent in deze instrumentele functie een integratief

na een uitgebreide historische argumentatie, uit van de beschermende functie van het strafrecht. Het gaat hier niet om *policing society*, maar om *policing the police*.⁴⁷ Het rechtskarakter van het strafrecht is het beschermen van de burger tegen de almacht van de overheid. Deze bescherming komt vooral tot uiting in het procesrecht. De wijze, waarop het procesrecht het mogelijk toepassen van sankties regelt, is een belangrijke factor bij het bepalen van de functies van het recht. Bij de opvatting van Peters kan in zoverre worden aangesloten, dat de rechtsbescherming inderdaad een belangrijke functie heeft in het strafrecht. Maar men mag deze functie niet verabsoluteren. Terecht stelt 't Hart⁴⁸, dat het strafrecht zowel de instrumentele als de beschermende functie in zich verenigt. Zij vormen de twee zijden van één medaille. De één kan niet los van de ander worden gezien en geen van beide kan worden gemist. Het strafrecht moet kunnen ingrijpen in de dagelijkse gang van zaken; tegelijkertijd dient het strafrecht de burger te beschermen tegen de overschrijding van de bevoegdheden bij dat ingrijpen. Zorgvuldig zal het strafrecht regelen dienen te formuleren, waarin die bescherming wordt gewaarborgd. Men denke hier aan het nulla poena-beginsel, zoals dat opgesloten ligt in art. 1 Sr en het omvangrijk geregelde strafproces.

Legalisering én beperking van het overheidsingrijpen zijn twee kanten van één zaak. We zien dit in elke wet, waar overheidsoptreden wordt geregeld. Bij elk van die wetten wordt steeds afgewogen, hoever die overheidsbevoegdheid gaat.

Dit geldt ook voor het administratief recht. Men denke aan de Krankzinnigenwet, die enerzijds de mogelijkheid geeft geesteszieken te doen opnemen in een inrichting, doch anderzijds ook duidelijk de grenzen van deze mogelijkheid aangeeft. Zo geeft bijvoorbeeld de Onteigeningswet gelegenheid gronden te onteigenen, doch zij bepaalt tevens onder welke voorwaarden zulks mag gebeuren. Vooral sedert de invoering van de wet AROB, waarbij de burger tegen administratiefrechtelijke rechtshandelingen van de overheid bij de rechter in beroep kan gaan, is de rechtsbescherming van die burger beter gewaarborgd.

Ook in het privaatrecht gaan het instrumentele aspect (het nastreven van doelen door de ene partij met behulp van haar toegekende rechten) en het beschermende (beperking van die rechten door de rechten van de tegenpartij) samen. Bovendien is daar nog sprake van een extra dimensie, die tot uitdrukking komt in het onderscheid tussen dwingend en regelend

en distributief aspect. Het distributieve deel vergroot of bevestigt verschil in macht of status; het integratieve deel doet het tegendeel. (*Kwaad dat mag?* Rotterdam 1975, p. 42 e.v.)

47 A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, Deventer, 1972, p. 7.

48 A.C. 't Hart, Artikel 25 WVV en het legaliteitsbeginsel, In: *Macht en onmacht van de wetgever*, Deventer, 1978, p. 219.

recht. De keuze tussen deze beide soorten recht is een daad van de wetgever, die als 'beschermend' overheidsorgaan de grenzen van de partijvrijheid bepaalt, mede met het oog op een harmonisch evenwicht tussen de hier bedoelde aspecten van het recht.

Hoe liggen de zaken bij het tuchtrecht? Doordat het tuchtrecht meestal geen duidelijke omschrijving van de te sanktioneren feiten kent, lijkt het erop, dat het gezag (bijvoorbeeld bestuur, strafcommissie, tuchtrechter) ruim gebruik kan maken van zijn bevoegdheid allerlei door hem niet gewenste gedragingen of symptomen te sanktioneren. Dit lijkt ook van toepassing op de wettelijke vormen van het tuchtrecht. In de betreffende wettelijke bepalingen vinden we immers in de meeste gevallen slechts een summiere regeling van het tuchtproces en ontbreken regelingen (en dus ook bepalingen) over de wijze van informatieverschaffing. In het strafrecht ligt dit anders. Daar regelt de wetgever uitvoerig de faciliteiten voor degenen, die informatie zoeken, zoals politie en justitie, maar beschermt hij anderzijds de burger tegen het onbeperkte gebruik van die faciliteiten, door dit aan strikte regels te binden. Bovendien is het hier belangrijk te weten, hoe de rechter aan zijn informatie is gekomen: wettelijke bewijsregels eisen van hem zich hieromtrent rekenschap te geven. Dit alles nu mist het tuchtrecht.

Is het tuchtrecht daarom gespeend van een beschermend karakter? We moeten nuanceringen aanbrengen. Omdat de groep in het algemeen min of meer beperkt van omvang is en ook de taakstelling van een groep min of meer begrensd is, zijn de normen overzichtelijker. Meestal weet een groepslid vrij goed waar het aan toe is, alsook hoever de groep kan gaan in haar pressie op hem om zijn gedrag te veranderen. Hieronder wordt op deze groepsnormen teruggekomen. Een tuchtrechtelijke procedure wordt door de overzichtelijkheid van de groep met een grotere betrokkenheid gecontroleerd. Ook in het tuchtrecht is er daarom, zoals in elk ander rechtssysteem, sprake van een principieel tweezijdig karakter. Maar toegegeven moet worden, dat in de praktijk de garanties voor een lid kleiner zijn, als er geen codificatie is. Met name als een bestuur een machtig gezag uitoefent, zijn de mogelijkheden van een dergelijke leiding om een zo ruim gebruik van zijn bevoegdheden te maken groter dan mét een codificatie. Maar toch een gradueel verschil.

Zoals elk recht heeft het tuchtrecht een tweezijdig karakter: instrumenteel én beschermend, ook al komt de instrumentele functie hier sterker op de voorgrond dan de beschermende.

1.6 Waartoe verplichten de normen?

Volgens Röling bestaan de plichten uit het strafrecht hoofdzakelijk uit het nalaten.⁴⁹ Ook Taat denkt in deze trant, als hij stelt, dat de regel in het strafrecht niet een onafgebroken plichts vervulling is, maar in het algemeen slechts het niet belemmeren of bemoeilijken van de doelstelling van de staat.⁵⁰ Met andere woorden: de taak van het lid van de samenleving is in principe slechts het nalaten van bepaalde gedragingen. De wetten van de staat bepalen welke sankties staan op het negeren van de plicht tot het nalaten van in die wet geformuleerde handelingen. De staat geeft als het ware minimum-regels,⁵¹ waaraan men zich heeft te houden.

Wanneer we constateren, dat onze huidige⁵² strafwetten inderdaad hoofdzakelijk bepaalde min of meer strak omschreven gedragingen verbieden en dat andere gedragingen, hoe onfatsoenlijk ook, strafrechtelijk niet verboden zijn, dan kunnen we Taat en Röling een heel eind volgen. Wanneer de leden van de samenleving ervoor zorgen die specifieke regels niet te overtreden, worden zij ongemoeid gelaten.

Het administratief recht, voor zover het regels voor de burgers betreft, kent eveneens talrijke minimum-regels, maar ook treft men hier allerlei voorschriften aan, die een doen, een inspanning vereisen: men denke aan vergunningsvoorwaarden.

De accentverschillen met het strafrecht (waar ook het 'voorwaarden-model' wel wordt gehanteerd) laten zich niet gemakkelijk omschrijven. Wellicht zijn de voorwaarden in het administratief recht soms nog ruimer dan die in het strafrecht en verplichten ze nog vaker tot een actieve zorg: naast een opdracht tot nalaten (het is bijvoorbeeld verboden meer dan een bepaalde hoeveelheid vuil te lozen) kan men hier licht stuiten op bepalingen als: de vergunningshouder is verplicht alles in het werk te stellen om het karakter van de omgeving zo min mogelijk aan te tasten.

49 Röling, a.w., p. 37; terecht nuanceert Röling zelf al dit uitgangspunt op p. 38. Immers ook het strafrecht legt wel verplichtingen op om iets te doen. Vgl. expliciet 450 Sr. Men denke ook aan artikelen zoals 307 en 308 Sr.

50 Taat, a.w., pp. 4 en 5.

51 Lon L. Fuller, *The morality of law*, New Haven and London, 1963, heeft het over het verschil tussen 'the morality of aspiration and the morality of duty'. De 'morality of aspiration' begint aan de top van wat een mens kan bereiken. Hierbij kan gedacht worden aan hoge idealen. De mens is constant bezig het hoogste te bereiken. De 'morality of duty' daarentegen begint onderop. Het zijn de basisregels, zonder welke een ordelijke maatschappij niet kan bestaan (vgl. de hier genoemde minimum-regels). Wanneer men die regels overtreedt, dan wordt men niet veroordeeld omdat men zich niet heeft ingespannen de regels na te komen, doch omdat men de basis-eisen van een sociaal gedrag niet heeft gerespecteerd.

52 A. Heijder, *Nullum crimen sine lege?* In: *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle 1979 beschrijft de situatie, dat in het Romeinse recht de verhouding van de burger tot de staat van zedelijke aard was en de hele mens in al zijn doen en laten omvatte (p. 140 e.v.). Vanuit deze toestand is de legaliteitsgedachte zich langzamerhand gaan ontwikkelen.

Hoe is dit nu in het privaatrecht? Het lijkt erop, dat vooral in het verbintenissenrecht duidelijk inspanningen worden gevraagd van een partij. Ook al bestaan in het privaatrecht duidelijke minimum-regels (men denke bijvoorbeeld aan het erfrecht en het faillissementsrecht), toch hebben de voorschriften, die verder gaan (die inzet vereisen) de overhand. Met name de *inspannings*verbintenissen verplichten hier impliciet tot een reeks gedragingen.⁵³ Dit is een soort verplichting, die in zijn algemeenheid verschilt van de inzet, die het strafrecht eist. Wanneer men zich in het privaatrecht niet tot een resultaat kan verbinden, dan verplicht men zich tot een voor een bepaald resultaat aan te wenden inspanning.⁵⁴ Er dient overigens nadrukkelijk gewezen te worden op het feit, dat men in het algemeen niet mag beweren, dat het *nalaten* van een bepaalde gedraging meer of minder inspanning vereist dan het *doen*. Dit ligt van geval tot geval anders. Onder omstandigheden kan een inspanning om na te laten groter zijn dan een inspanning om te doen. Maar in elk geval kan wel worden gesteld, dat wanneer van iemand naast een nalaten ook een doen wordt verlangd, er *meer* inspanning van hem wordt geëist.

Met dit bovenstaande wordt niet impliciet betoogd, dat het strafrecht zonder meer op een privaatrechtelijke resultaatsverbintenis lijkt.⁵⁵ De verplichting, om strafrechtsregels niet te overtreden, is uiteraard geen contractuele verplichting in de zin van het geldende civiele recht: een strafbaar feit zal, voor zover relevant in civilibus, een onrechtmatige daad opleveren en deze is geen contractbreuk, doch schept een verbintenis.

Hoe dan ook, het vorenstaande leidt wél naar de opvatting, dat het tuchtrecht soms op een inspanningsverbintenis in het privaatrecht lijkt. Deze vergelijking kan — zoals we zullen zien — het inzicht in de aard van diverse tuchtrechtelijke normen verhelderen.

De aan het begin van deze paragraaf geciteerde opmerkingen van Röling en Taat staan niet op zichzelf. Zij vergelijken het aldus door hen geschetste strafrecht met het tuchtrecht. Volgens Röling gaan in het tuchtrecht de plichten veel verder en strekken zij veelal tot een doen. De mens wordt gezien als een funktionaris: het tuchtrecht 'is het geheel van regels, die de plichten aangeven van hen, die een bepaalde functie uitoefenen, en die ter handhaving daarvan sancties vaststellen'.⁵⁶

53 Bijvoorbeeld de verbintenis tussen arts en patiënt bij het maken van een afspraak in verband met een operatie.

54 Asser-Rutten I (*De verbintenis in het algemeen*) 1978, p. 147.

55 Een en ander nog afgezien van de door Schoordijk (H.C.F. Schoordijk, *Inspanningsverbintenis en resultaatsverbintenis*, In: *Bouwrecht*, 1969, pp. 65-77) opgeworpen vraag, óf de tegenstelling inspanningsverbintenis/resultaatsverbintenis wel terecht wordt gemaakt: Schoordijk is van mening, dat deze tegenstelling vaag en zeer betrekkelijk is, vooral omdat duidelijk verschillende rechtsgevolgen zouden ontbreken.

56 Röling, a.w., p. 36.

Taat is de mening toegedaan, dat uit deze positieve inschakeling van het groepslid bij de doelstelling van de groep, alle verschillen tussen straf- en tuchtrecht verklaard worden.⁵⁷ Volgens deze redenering gaat de groep uit van een maximale inspanning van haar leden. Inderdaad gaat de taak van een groepslid veelal verder dan van een willekeurig lid van de maatschappij: ijver en toewijding, gericht op de doelstelling van de gemeenschap, zijn – in deze Westerse samenleving – bepaald geen eisen, die aan elke burger worden gesteld. In sommige groepen bestrijkt het tuchtrecht alle, soms vrij verregaande, verplichtingen op grond van de gebondenheid tot speciale inspanning. Zo kan een daarvoor in aanmerking komend lid van een voetbalvereniging worden geacht niet alleen verplicht te zijn de trainingen te bezoeken en daaraan deel te nemen, maar zich aldaar ook in te spannen en zijn best te doen. Daarnaast moet hij bijvoorbeeld ook nalaten zijn vereniging tegenover derden zwart te maken; wellicht kan hij zelfs geacht worden verplicht te zijn (binnen bepaalde grenzen) het voor zijn club op te nemen. Deze verplichtingen beperken zich derhalve niet tot het volbrengen van bepaalde gedragingen: het gaat ook om andere symptomen, die ervan getuigen, dat hij een goed groepslid is. Natuurlijk is het wel weer zo, dat deze symptomen pas 'hard' te maken zijn uit gedragingen. Maar theoretisch gezien kan het in sommige vormen van tuchtrecht in principe meer om 'de mentaliteit', dan om 'geïsoleerde gedragingen' gaan.

Voor een verdere vergelijking met een inspanningsverbintenis het volgende: het lijkt voor sommige vormen van tuchtrecht wel mogelijk een 'contractmodel' te construeren. Een lid van de groep verplicht zich dan bij intrede zich in te zetten voor de bepaalde belangen van die groep. Het lid worden van een groep kan hier als inspanningsverbintenis sui generis worden gezien: het aspirant-lid verplicht zich, ter verwerkelijking van het doel van de groep (bijvoorbeeld het verzamelen van postzegels), alles te doen, wat een goed lid van deze groep betaamt. Het groepslid in spe accepteert als het ware bij intrede de standaardvoorwaarden⁵⁸ van de groep en verbindt zich subsidiair tevens tot een 'strafbeding'⁵⁹: wordt de primaire verbintenis niet nagekomen (tuchtvergrijp), dan verplicht het lid zich tot onderwerping aan de tuchtrechtspraak van de groep en tot het ondergaan van de eventueel op te leggen straf of maatregel.

Concluderend: het strafrecht vraagt over het algemeen het zich onthouden van bepaalde gedragingen; het privaatrecht vraagt bovendien veelal

57 Taat, a.w., p. 5.

58 Vgl. E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden*, Deventer, 1978 en J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, 1979, p. 133 e.v.

59 Asser-Rutten I, a.w., p. 227.

inspanningen, terwijl het administratief recht op deze twee benen hinkt. In diverse tuchtrechtvormen zijn in wisselende mate elementen te onderkennen, die het best kunnen worden vergeleken met een privaatrechtelijke inspanningsverbintenis.⁶⁰ Immers, in beide rechtsgebieden gelden veel gebodsnormen, die aan de contractanten (groepsleden) op de één of andere wijze bekend zijn.

1.7 Welke belangen worden gediend?

Wordt in de verschillende rechtsgebieden het belang van een individu of van een groep nagestreefd, of staat het algemeen belang op de voorgrond?

Het privaatrecht beschermt, met name op het gebied van de familie- en verkeersverhoudingen,⁶¹ de individuele belangen van de burgers in een onderling juiste verhouding. Vanzelfsprekend is het in het belang van de gehele gemeenschap, dat die private belangen van de burgers goed geregeld zijn. In het publiekrecht, dat wordt beheerst door de verhouding tussen de overheid enerzijds en de burgers anderzijds, liggen de accenten juist anders: het is in de eerste plaats gericht op het algemeen belang, terwijl het individueel belang hiervan kan profiteren. Men denke hierbij slechts aan het verbod te doden of te stelen. Ook voor het administratief recht geldt, dat zowel het algemeen als het individueel belang wordt gediend, ook al zou men de stelling huldigen, dat dit recht in ons land een aanvullings- en uitzonderingsrecht op het burgerlijk recht vormt.⁶²

In het tuchtrecht is de vraag, of dit (overwegend) het groepsbelang dan wel het algemeen belang behartigt, veel gesteld. Mijns inziens heeft de gedachte van de inspanningsverbintenis niet hoofdzakelijk betrekking op de relatie tussen een groepslid en iemand, die buiten de groep staat (zoals bijvoorbeeld bij een civiel-rechtelijke relatie arts-patiënt), maar in de eerste plaats op de relatie tussen een groepslid en de groep. Men verplicht zich ten opzichte van elkaar bepaalde 'spel'regels na te komen. Een lid in spe verbindt zich mét de groep tot het bereiken van een bepaald doel. De groep is de andere partij en tevens de belanghebbende. Toch zijn er

60 Andere verbintenissen, namelijk slechts arbeidsverhoudingen, hebben de oude Duitse auteurs voor ogen gestaan, toen zij het tuchtrecht op één lijn stelden met de privaatrechtelijke mogelijkheid, om nakoming van een verbintenis af te dwingen. Vgl. De Bie, a.w., p. 17 e.v. en zijn kritische commentaar op p. 174. Zowel Jellinek (*System der subjectiven öffentlichen Rechte*) als Laband (*Staatsrecht des Deutschen Reiches*) worden hier als exponenten besproken van deze opvatting. Het valt op, dat beiden de ambtenaren op het oog hebben en dat Jellinek derhalve spreekt van staatsrecht. Laband maakt hiertegen terecht bezwaar. Dit soort tuchtrecht wordt door F.F. Langemeijer, a.w., p. 91 e.v. gerangschikt onder de term rechtspositierecht, welk recht dan als het ware een personeelsbeleid zou voeren.

61 H.F.A. Völlmar, *Inleiding tot de studie van het Nederlands burgerlijk recht*, Zwolle, 1964, p. 1.

62 A.D. Belinfante, a.w., p. 12.

vormen van tuchtrecht, waarvoor dit in mindere mate opgaat. Laten we bijvoorbeeld eens letten op de positie van de artsen. Zij vervullen een belangrijke maatschappelijke functie en worden in hun functioneren vanuit de maatschappij (bijvoorbeeld de ziekenfondsen en de kring van patiënten) gestuurd. Naarmate een groep meer maatschappelijke betekenis heeft, zal ook de stuwende invloed vanuit de maatschappij op het functioneren van de leden groter zijn. Zo is het medisch tuchtrecht een vorm van gespecialiseerde rechtspraak, die vooral door het maatschappelijk belang gerechtvaardigd wordt. Dit belang eist de handhaving van een hoge graad van bekwaamheid en fatsoen van deze personen, opdat zij met de grootste zorg hun monopolie-functie uitoefenen. Het tuchtrecht ziet toe op naleving van deze optimale zorgplicht en is daarom zelfs wettelijk geregeld, waardoor het algemeen belang een extra accent krijgt.⁶³ Hier zal het algemeen belang veelal parallel lopen met het groepsbelang. Daarom zet F. Langemeijer terecht vraagtekens bij de opvatting, dat strafrecht algemene en tuchtrecht slechts eigen-kring belangen beschermt.⁶⁴ Er kan volgens hem ook sprake zijn van tuchtrecht, wanneer de normen in het belang van zowel de groep als de samenleving zijn. Van Agt wil zelfs een stap verder gaan: de opvatting, dat de toepassing van de Medische Tuchtwet zou strekken ter handhaving van een aparte rechtsorde, lijkt hem onjuist:

De wettelijke tuchtrechters zijn geen dienaren van een groepsorde, maar brengen, zij het in een bijzondere procedure en met bijzondere sancties, de rechtsorde van de Nederlandse gemeenschap tot gelding.⁶⁵

Het lijkt de vraag, of de accenten door Van Agt juist worden gelegd. Deze zienswijze miskent de historische aspecten, die aan de vraag ten grondslag liggen; het medische tuchtrecht is ontstaan *vanuit* een verenigings-tuchtrecht van de artsen onder elkaar, waarmee de overheid geen bemoeienis had. Door de invloed van de overheid is dit tuchtrecht echter op verschillende punten aangescherpt, waardoor meer rekening gehouden kon worden met de belangen van de gehele samenleving.

Buiten kijf is het, dat er ook tuchtrecht bestaat, dat slechts de groepsbelangen behoeft te behartigen. Men denke hierbij weer aan de hobby- of gezelligheidsverenigingen. Daar is het maatschappelijk belang van veel geringere, of zelfs nauwelijks van importantie; het te verdedigen belang

63 Vgl. W.B. v.d. Mijn, *Wettelijke regelingen voor beroepen in de gezondheidszorg*, Serie Medisch recht nr. 6, Deventer, 1973, p. 204.

64 F. Langemeijer, a.w., p. 72 e.v.; ook Prins t.a.p., p. 540 en 541, heeft op de verstrengeling van de belangen van het tuchtrecht gewezen.

65 Van Agt, a.w., p. 42. Eveneens wordt hier stelling genomen tegen de meer positief-rechtelijke constatering van Rang, *Medisch tuchtrecht*, pp. 111-116.

raakt slechts de leden van de gemeenschap; derden blijven hier buiten schot. Zelfs op die gebieden van het tuchtrecht, waar de algemene belangen wellicht nog meer spelen dan bijvoorbeeld bij het medisch tuchtrecht (men denke aan het militair tuchtrecht) zullen er belangrijke accenten van de te beschermen belangen liggen op het interne: namelijk een goed geregeld, goed geoefend voortbestaan van de groep.

Conclusie: van geen rechtssoort kan worden gezegd, dat het slechts of individueel, of groeps- dan wel algemeen belang verdedigt. Het privaatrecht, administratief en strafrecht verdedigen individuele belangen, alsmede algemene belangen, hoewel ieder met verschillende accenten. In het tuchtrecht staat in het algemeen het groepsbelang voorop. De vraag, in hoeverre het algemeen belang bij het tuchtrecht een rol meespeelt, wordt bepaald door 'de maatschappelijke positie van de groep', dat wil zeggen door de plaats van de groep in de maatschappij, door het belang van die maatschappij bij een goed functioneren van de groep als geheel of van de afzonderlijke leden.

1.8 Is het tuchtrecht groepsrecht?

Hierboven is steeds gesproken over 'groep' en 'kring', alsof het een uitgemakte zaak zou zijn, dat tuchtrecht groepsrecht is, dat wil zeggen dat het altijd leden van *groepen* zijn, die aan tuchtrecht zijn onderworpen. In de literatuur, die hieronder nader wordt besproken, noemt men het behoren tot een groep of kring inderdaad hét (of een) onderscheidend criterium. Hieraan zou het tuchtrecht te herkennen zijn en af te bakenen van andere rechtssystemen.

1.8.1 Literatuur

Allereerst vrij uitgebreid een weergave van de mening van Röling, die in zijn definitie van het tuchtrecht stelt, dat het een recht is, 'dat dient om de goede orde te handhaven in een bepaalden *kring* (tot het bereiken van een bepaald doel)'.⁶⁶ Voor de betekenis van de 'groep' in het strafrecht is het volgens Röling van belang, dat het strafrecht van de klassieke school zich richtte naar de 'homo economicus', de mens, die zijn eigen belang kent en dit ook kan behartigen:

Het strafrecht speculeerde op dit eigenbelang door straffen in uitzicht te stellen, die den lust in de misdaad zouden doen vergaan.⁶⁷

⁶⁶ Röling, a.w., p. 7.

⁶⁷ Ibidem, p. 23.

De zogenaamde nieuwe richting bracht meer nuances, om rekening te kunnen houden met verschillen tussen de mensen: van de daad ontwikkelde de belangstelling zich in de richting van de dader:

Het strafrecht kende slechts in zijn voorschriften: 'hij, die ...' De 'moderne richting' gaf hier opvulling van de leegte aanduiding door te onderscheiden naar de mate der sociale zwakheid. Zoo kwam naast den krankzinnige de psychopaat, ten tooneele, het kind, de jeugdige, de beroepsmisdadiger, de alcoholist, de werkschuwe. Hij, die niet onder een van deze categorieën viel, bleef een abstractie, de normale burger: hij, die de beteekenis van zijn daad kon inzien en krachtens dat inzicht zijn wil kon bepalen. Maar in deze opvatting breekt een verandering door. 'Hij, die ...', verschilt naar de eischen, die het recht eraan stelt. Er zijn mensen, waaraan de rechtsorde geen hoogere eischen stelt, dan te laten — een enkele maal te doen —, wat het wezen der rechtsgemeenschap aangaat, op den simplen grond van hun deel zijn aan de algemeene rechtsgemeenschap. Maar aan anderen stelt het recht hooger eischen. Zij, die in bijzondere mate deel hebben aan het rechtsleven, krijgen ook een bijzondere plaats in dat rechtsleven. Het leven vindt meer aanknooppingspunten, daar waar de mensch meer aan het rechtsleven deelneemt, daar waar de mensch is *functionaris*.⁶⁸

In deze historische, haast corporatieve benadering, vindt Röling aansluiting voor het verklaren van de bloei van het tuchtrecht: er bestaan delicten, 'die alleen door bepaalde personen kunnen worden gepleegd, feiten, die voor anderen rechtens onverschillig zijn. Hier heeft het behooren tot een bepaalde groep beslissende beteekenis'.⁶⁹

Hoewel Taat het eens is met Röling, dat tuchtrecht groepsrecht is (Taat noemt dit het gemeenschappelijk kenmerk van het tuchtrecht, ondanks alle verschillende vormen daarvan),⁷⁰ heeft hij kritiek op Röling, wanneer deze onder het begrip 'groep' ook degene rekent, die zich *gemeenschappelijk bevinden in eenzelfde situatie* (bijvoorbeeld de groep der 'steuntrekkers' en belastingbetalers).⁷¹ Volgens Taat betekent 'groep' hier niet 'een aantal personen, die een toevallige eigenschap gemeen hebben, maar een gesloten geheel, een aantal mensen, verenigd door een gemeenschappelijke doelstelling'.⁷²

Taat uit deze kritiek, omdat men anders, wanneer de toevallige situatie een criterium is, ook de *Staat* een groep kan noemen. 'De bijzondere groep is een veel enger verband dan de groep "Staat" en de inschakeling van het groepslid in de doelstelling van de groep is veel meer direct dan de inschakeling van het individu in de staatsgemeenschap'.⁷³

68 Ibidem, p. 25 en 26.

69 Ibidem, p. 28.

70 Taat, a.w., p. 1 en 2.

71 Röling, a.w., p. 6; Taat, a.w., p. 3.

72 Taat, a.w., p. 3.

73 Ibidem, p. 4.

Ook Prins stelt zich de vraag, wat een 'groep' is.⁷⁴ Een groep dient, volgens hem, — in navolging van Taat — een nadere verbondenheid te bezitten, waardoor individuen een duidelijke, van de overige 'burgerij' te onderscheiden, eenheid vormen. Prins wijst erop, dat de groepen, waarvoor tuchtrecht geldt, wijd uiteenlopen naar oorsprong en karakter.⁷⁵ Tenslotte omschrijft Prins het tuchtrecht als: 'groeps-sanctierecht, voortgekomen uit of geschapen voor een personenkring, die zich als een eenheid aftekent binnen het grotere geheel van "de burgerij" in de meest neutrale betekenis van dit woord'.⁷⁶

Van Agt komt tot een geheel andere slotsom: volgens hem is er praktisch nooit sprake van 'groepsrecht', omdat 'de hoedanigheid van groepsrecht slechts eigen is aan een betrekkelijk klein aantal rechtsphenomenen die onder de naam van tuchtrecht (disciplinair recht) aan ons verschijnen'.⁷⁷

NVA
Het zit hem ook hier in de betekenis, die men aan het woord 'groep' toekent: Van Agt wil slechts van groepen spreken bij collectiviteiten met een 'eigen doelstelling en welzijn', waarin 'mensen zich in vrijheid hebben verenigd' en omdat slechts heel weinig recht, dat ons gepresenteerd wordt onder de naam 'tuchtrecht', aan dit criterium voldoet, kan tuchtrecht volgens hem niet een synoniem van 'groeps'recht zijn.⁷⁸ Van Agt verwijst hier naar Van Bemmelen, die in 1936 de enige was, die aan het tuchtrecht het karakter van groepsrecht zou hebben ontzegd en volgens wie de omstandigheid, dat bepaalde personen in een uitzonderingspositie verkeren, essentieel is voor het bestaan van tuchtrecht.⁷⁹

Wanneer F. Langemeijer spreekt over tuchtrecht als groepsrecht,⁸⁰ valt hem allereerst op, dat de basis van het tuchtrecht een organisatie is. Daardoor is er volgens hem voor voetballers wél en voor automobilisten géén tuchtrecht:

Men komt, al redenerend, toch weer terug op het beginsel dat het tuchtrecht uit het bestaan van een organisatie voortvloeit ten opzichte van haar leden; de formele basis kan het staatsgezag zijn, indien de toetreding niet vrijwillig is geweest of kan, in een plaatselijke vereniging bijv. in een contractuele relatie door de vrijwillige toetreding ontstaan.⁸¹

Uit deze veelheid van meningen kunnen we in elk geval concluderen, dat bijna alle schrijvers uitgaan van een 'groep' of 'kring'. De verschillen in de

74 Prins, t.a.p., p. 542.

75 Ibidem, p. 543.

76 Ibidem, p. 548.

77 Van Agt, a.w., pp. 17-25.

78 Ibidem, pp. 17-25 en 63.

79 J.M. van Bemmelen, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1936, pp. 207-209.

80 F.F. Langemeijer, a.w., p. 67 e.v.

81 Ibidem, p. 71.

opvattingen ontstaan, wanneer men deze begrippen gaat definiëren. Het gaat er om, welke definitie men hanteert voor het begrip 'groep' of 'kring'. Die definitie bepaalt bij de auteurs de omvang van het rechtsgebied, dat 'tuchtrecht' wordt genoemd.

1.8.2 *Eigen standpunt*

Het begrip 'groep' is in de sociologie reeds lange tijd een voorwerp van studie. We gaan hier nader in op de mening van de Amerikaanse socioloog R.K. Merton,⁸² die uitgaat van een alomvattend begrip 'groepering', onderverdeeld in 'groep', 'collectiviteit' en 'sociale categorie'. Hij onderscheidt:

- de *groep* als (kleine) sociale eenheid waarvan de leden saamhorigheidsgevoelens kennen op grond van gemeenschappelijke waarden en normen en waarvan de leden regelmatig interactie met elkaar onderhouden;
- de *collectiviteit*, als (meestal vrij grote) groepering waarvan de leden saamhorigheidsgevoel kennen op basis van gemeenschappelijke waarden en normen, doch waarvan de leden geen directe interactie en communicatie met alle andere leden hebben;
- de *sociale categorie*, als groepering van mensen, die geen gemeenschappelijke waarden en normen kennen en geen enkele vorm van interactie en communicatie met elkaar hebben, doch die slechts een bepaald kenmerk met elkaar gemeen hebben.⁸³

Zoals hierboven is aangeduid, geven de schrijvers over het tuchtrecht verschillende betekenissen aan het begrip 'groep'. Het lijkt erop, dat sommigen onder dat begrip een verzameling personen verstaan, die Merton zou aanduiden met het algemene begrip 'groepering', doch dat anderen hun opvatting beperken tot wat Merton zou noemen een 'groep' of 'collectiviteit'. Maar geen van de geciteerde schrijvers geeft er blijk van direkt steun te hebben gezocht in de sociologie voor een nadere omlijning van hun opvatting over het begrip 'groep'. Vandaar, dat we hier niet zonder meer een 'vertaling' van die opvattingen in bijvoorbeeld de terminologie van Merton kunnen geven. Maar wanneer we toch zouden proberen om die opvattingen met de begrippen van Merton te beschrijven, dan lijkt het erop, dat Röling inderdaad 'groeperingen' bedoelt; Taat 'groepen' én 'col-

82 Zoals vermeld in De Jager/Mok, a.w., p. 92 e.v.

83 Vgl. over groep ook: 'International Encyclopedia of the Social Sciences', editor: David L. Sills, VSA 1968, volume 6: 'Groups' pp. 259-293; i.h.b. 'group formation', pp. 276-283; Neil J. Smelser, a.w., i.h.b. pp. 23-67 en 549-595 en L. Broom en Ph. Selznick, *Sociology*, New York, Hagerstown, San Francisco, London, Sixth Ed. i.h.b. pp. 48-55 en 125-158).

lectiviteiten' en dat Van Agt eveneens deze laatste opvatting huldigt, doch met een extra-eis, namelijk dat deze verbanden zich 'in vrijheid' moeten hebben verenigd. Wellicht is, omdat deze laatste dimensie vaak ontbreekt, Van Agt van mening, dat de 'hoedanigheid van groepsrecht slechts eigen is aan een betrekkelijk klein aantal rechtsphenomenen, die onder de naam tuchtrecht aan ons verschijnen'.⁸⁴

De consequenties van de verschillende opvattingen van de genoemde juristen over het begrip 'groep' zijn veelomvattend, niet in het minst omdat zij allen (op Van Agt na) het tuchtrecht koppelen aan een 'groep'. Een voorbeeld: wanneer Taat van mening zou zijn, dat onder een 'groep' niet kan worden verstaan een 'sociale categorie' in de betekenis van Merton en daarbij bijvoorbeeld aanneemt, dat de categorie 'belastingbetalers' niet onder zijn begrip 'groep' kan vallen, dan is de consequentie van deze opvatting, dat voor belastingbetalers geen tuchtrecht kan en mag worden geschapen. In de opvatting van Röling zou hiervoor theoretisch wél ruimte zijn.

Over de opvatting van Van Agt kan in dit kader meer worden gezegd. Zoals reeds opgemerkt, is Van Agt van oordeel, dat we slechts onder bepaalde voorwaarden van 'groepsrecht' mogen spreken. Maar omdat de 'generieke benaming tuchtrecht' een 'bonte verscheidenheid' van regelingen omvat, bestaat 'het tuchtrecht' niet. Deze benadering is niet noodzakelijk. Een wellicht duidelijker aanpak is om te stellen, dat delen van ons recht met 'tuchtrecht' worden aangeduid, terwijl ze die kwalificatie niet verdienen. Door begripsmatig grenzen te trekken (dat wil zeggen door te definiëren) wordt het gevaar voor verwarring, waar Van Agt overigens terecht op doelt, nog duidelijker bezworen, dan door zijn alternatief om helemaal niet meer van 'het tuchtrecht' te spreken.

Röling lijkt inderdaad te ver te gaan door ook 'sociale categorieën' te rangschikken onder groepen, waarvoor een tuchtrecht kan bestaan. Omdat het tuchtrecht een bepaalde mentaliteit eist, is het onmogelijk alle tuchtrechnormen te omschrijven. *Maar die ongeschreven normen moeten de leden wél kennen* (beseffen, aanvoelen). Dit lijkt essentieel voor de juridische verwerking van het verschijnsel tuchtrecht. Daarom zou dit fundamentele kenmerk gekoppeld moeten worden aan de groepsdefinitie. Wanneer derhalve een categorie als door Röling genoemd leden heeft, die geen besef hebben van gemeenschappelijke normen, dan kan niet langer worden geëist, dat die leden zouden moeten weten, dat een bepaald handelen indruist tegen die normen. Dan wordt een wezenlijk kenmerk gemist waaraan de groepering moet voldoen om een tuchtrecht te kunnen laten gelden. Met andere woorden: als er geen vanzelfsprekende groepsnormen zijn, heeft het tuchtrecht in deze groeperingen een te wankel basis.

⁸⁴ Van Agt, a.w., p. 25.

Leidt dit bovenstaande tot de conclusie, dat we van tuchtrecht zouden mogen spreken, als maar voldaan is aan Merton's omschrijvingen van 'groep' of 'collectiviteit'? Ten dele. Vooropgesteld zij, dat Merton zijn indeling niet heeft gemaakt met het oog op de vraag, wat al dan niet onder het begrip 'tuchtrecht' valt. Merton's definities zijn derhalve niet ogenblikkelijk bruikbaar voor de hier besproken kwestie. Wèl maken deze definities ons bewust van het feit, dat allerlei groeperingen in dit verband ten onrechte over één kam worden geschoren.

We gebruiken Merton derhalve als aanknopingspunt: indien er sprake is van een 'groep' of 'collectiviteit' kan er van tuchtrecht worden gesproken; bij een 'sociale categorie' niet. Maar de hier gehanteerde *minimumeis* is (zoals hierboven is onderstreept), dat leden zouden moeten kunnen beseffen, dat een bepaald handelen indruist tegen groepsnormen. Dit betekent, dat er tussen de tweede en derde soort groeperingen van Merton nog een terrein is, waar groeperingen kunnen worden geplaatst, die toch terecht een 'tuchtrecht' hebben. We bevinden ons hier wel in de gevarenzone. De overgang tussen groeperingen, waar wel en waar niet van tuchtrecht kan worden gesproken, is een vloeiende. Hierboven werd gesproken van een 'te wankel basis': de *minimumeis* werd overschreden.

Als voorbeelden van groeperingen in de gevarenzone kunnen worden genoemd gevangenen, maar ook de medici. Er is bij hen wellicht geen sprake van een 'saamhorigheidsgevoel op basis van gemeenschappelijke waarden', maar toch zijn er wel gemeenschappelijke normen, die door de participanten worden herkend als speciaal geldend voor *hun* functie: er is een functienormenbesef, een weet hebben van de rolverwachtingen en *in die zin*: 'gemeenschappelijke normen' (ook al zouden een saamhorigheidsgevoel en gemeenschappelijke waarden ontbreken). Bij medici, maar ook bij gevangenen, wordt op grond hiervan derhalve niet ten onrechte over 'tuchtrecht' gerept. Als voorbeeld van een rechtsvorm, waar ten onrechte sprake is van tuchtrecht, kan worden gedacht aan het 'tuchtrecht', dat we in sommige bedrijfsschappen kennen op grond van artikel 105 Wet op de Bedrijfsorganisatie of aan de Crisistuchtrechtspraak.⁸⁵ Doordat we in deze groeperingen niet kunnen waarmaken, dat de leden moeten kunnen beseffen, welke handelingen tegen de groepsnormen indruisen, kunnen we hier niet voldoen aan deze *minimumeis*. Daardoor gaan we over de streep; deze rechtsvorm is onder de tuchtrechtmaat.

Bovendien ontbreekt bij deze laatste vormen van recht alle vrijwilligheid, waarmee men tot de groepering behoort, waardoor de aanwezigheid

85 In de dissertatie van Taat klinkt t.a.v. de economische beroepsgemeenschappen duidelijke twijfel door op p. 212 en is op p. 215 een vernietigend oordeel over de Crisistuchtrechtspraak te vinden.

van herkenbare groepsnormen nog minder waarschijnlijk lijkt. In de volgende paragraaf kom ik nog op de vrijwillige aanwezigheid in de groepering terug.

Recapitulerend: tuchtrecht mag best 'groepsrecht' worden genoemd. Maar het gaat erom, wat onder een 'groep' wordt verstaan. Immers tuchtrecht kan weliswaar groepsrecht zijn, doch het omgekeerde behoeft niet altijd het geval te zijn. Wij spreken slechts van tuchtrecht bij die groeperingen, waarin de leden moeten kunnen beseffen, welke handelingen tegen de groepsnormen indruisen. Wanneer we uitgaan van de verhelderende definities van Merton, ligt de tuchtrecht'grens' tussen zijn tweede en derde groepering in.

1.9 Vrijwillige aanwezigheid

Op de vraag of men vrijwillig onderworpen is aan één van de verschillende rechtssystemen, kan slechts zeer genuanceerd worden geantwoord. Als uitersten zijn er situaties denkbaar, waarbij geen enkele vrijwilligheid, dan wel volop vrijwilligheid bestaat. Met opzet wordt hier gesproken over aanwezigheid en niet over toetreding. Niet alleen is namelijk van belang of men het in zijn macht heeft zich aan bepalingen te gaan onderwerpen, maar ook of met het, wanneer men eenmaal onder die bepalingen staat, in zijn macht heeft zich daaraan weer te onttrekken.

De Nederlandse *strafwet* is toepasselijk op *ieder*, die zich in Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt. Dit in art. 2 Sr neergelegde 'territorialiteitsbeginsel', waarop overigens veel (weinig beperkende, veel uitbreidende) uitzonderingen zijn, geeft aan, dat er van vrijheid van burgers, om zich al dan niet aan de door de overheid ontworpen strafwetten te onderwerpen, geen sprake is. Gedeelten van het privaatrecht, zoals bijvoorbeeld te vinden in het faillissementsrecht of kinder- en familierecht, kennen eveneens bepalingen, waaraan een ieder is onderworpen. In het verbintenissenrecht wordt echter aan de burgers een grote mate van vrijheid gelaten hun zaken zelf te regelen. Wanneer men zich echter eenmaal aan die zelf gemaakte regels heeft onderworpen, is de vrijheid aanzienlijk beperkt: de contracten strekken partijen tot wet; eenzijdige onttrekking daaraan heeft nogal wat consequenties.

Het administratief recht omvat mede die noodzakelijke rechtsverhoudingen, die niet kunnen voortvloeien uit het privaatrecht. De overheid kan — bijvoorbeeld — niet de (privaatrecht)markt op, om te zien, of er een burger te vinden is, die een belastingovereenkomst wil sluiten. Vrijheid voor de burger is hier niet denkbaar. Bij het vergunningenstelsel ligt de

zaak genuanceerder. Enerzijds is dat het gevolg van eenzijdig door de overheid afgekondigde wetten, die een bepaalde gedraging verbieden, behoudens vergunning van die overheid. Anderzijds lijkt de burger veelal betrekkelijk vrij, om al dan niet op die voorwaarden in te gaan. De overheid heeft echter wel de bevoegdheid om de voorwaarden eenzijdig te veranderen, ook wanneer dit ten nadele van de vergunninghouder zou zijn, zodat de vrijheid voor de burgers in een dergelijk geval weer belangrijk wordt beperkt. Een groot deel van het tuchtrecht kan worden vergeleken met het verbintenissenrecht. Wanneer men in beginsel vrijwillig tot een groep is toegetreden, dan zou men kunnen spreken van een verbintenis tussen groepslid en groep. Maar er bestaan ook gebieden in het tuchtrecht, waar geen of weinig sprake is van vrijwilligheid. Men denke aan het tuchtrecht bij gevangenen. In dit opzicht lijkt een dergelijke vorm van tuchtrecht op grote delen van het administratief recht en op het strafrecht. In paragraaf 14 kom ik nader op dit vrijwilligheids criterium, dat voor het tuchtrecht zo belangrijk zal blijken te zijn, terug.

1.10 Positie benadeelde

1.10.1 'Klachtrecht' voor de individueel benadeelde

Voor zover niet anders in dwingend recht is bepaald, wordt in het privaatrecht de burgers vrijheid gelaten hun belangen zelfstandig en naar eigen inzicht te regelen. De benadeelde partij is geheel vrij al dan niet over te gaan tot het ondernemen van acties. Wil zij bijvoorbeeld een contractbreuk ongemerkt voorbij laten gaan, dan kan zij dat doen. Het gevolg van het accent, dat straf- en administratief recht leggen op het algemeen belang, is dat de rol van een benadeeld individu veel geringer lijkt. Vaak echter zet de individueel benadeelde hier de facto de procedure op gang door een klacht of aangifte. Wanneer de overheid dan besluit daadwerkelijk in actie te komen, dan komt zij onder meer voor de benadeelde op (ook in gevallen, waarin zij niet de direkt getroffene is). Met name speelt dit in het strafrecht, waar de individueel benadeelde op de achtergrond is gedrongen, behoudens het feit, dat voor het vervolgen van sommige delikten zijn klacht onontbeerlijk is, het feit, dat hij altijd het recht heeft zich ex. art. 12 Sv over niet-vervolgen van feiten te beklagen⁸⁶ en de omstandigheid, dat een beledigde partij zich tot een gering maximum in het strafgeding kan voegen.

86 Er blijkt een tendens in het kader van de unificatie binnen de Benelux te zijn, om de rol van de 'beledigde partij' te reanimeren. Vgl: N.J. Polak, De 'beledigde partij' in ere hersteld, *NJB* 1980, pp. 21-32; zie ook T.M. Schalken, De rechtspositie van de benadeelde partij in het systeem van de Nederlandse strafvordering, *DD 10* (1980), pp. 266-279.

In het administratief recht kan de direkt getroffene zelf belangrijke initiatieven nemen (men denke aan de bezwaarschriftenprocedure). Zo kan hij de vraag, of hier het algemeen belang met een bepaalde overheidsregel wel is gediend, voorleggen aan de rechter, hoewel hij zelf niet als vertegenwoordiger van *dat* belang opkomt, doch voor zijn *eigen* belang.

Wanneer een rechtssysteem in hoofdzaak het algemeen belang nastreeft, is de reactie op de normschending gemonopoliseerd door de overheid; de burger kan althans in het kader van dit systeem weinig of niets tegen anderen ondernemen.

Hoe is dit nu in het tuchtrecht? Het tuchtrecht zet zich principieel in voor het groepsbelang, eventueel beïnvloed door het algemeen belang. Het is dus denkbaar, dat hier in de eerste plaats niet de overheid, niet het individu, doch de groep het initiatief heeft. In die vormen van tuchtrecht, die wettelijk zijn geregeld, speelt het algemeen belang een rol, waardoor ook anderen dan alleen de groep klachtgerechtigd zijn. Zo behartigt in het medisch tuchtrecht de Inspecteur van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid de publieke belangen en is het mogelijk, dat particulieren een klacht indienen bij een medisch tuchtcollege. Ook in het tuchtrecht voor advocaten kan de verongelijkte cliënt een klacht indienen, waarop het tuchtcollege verplicht is de zaak te behandelen. Een equivalent voor de Inspecteur van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid kent het advocatentuchtrecht niet. Vergelijken we de verschillende rechtssystemen, dan kan geconstateerd worden, dat in het tuchtrecht de positie van de individuele benadeelde identiek lijkt aan diens positie in het strafrecht: hij kan slechts klagen en verder niets afdwingen (behoudens natuurlijk bijzondere regelingen). Maar naarmate het tuchtrecht ook andere dan groepsbelangen behartigt (met als exponent het wettelijk tuchtrecht), heeft de individuele benadeelde veelal een positie, te vergelijken met die van een klager in een bezwaarschriftenprocedure uit het administratief recht: de benadeelde vertegenwoordigt niet het groepsbelang, noch het algemeen belang en toch kan hij de vraag, of die belangen zijn geschonden, voorleggen aan de (tucht)rechter.

1.10.2 Dient de benadeelde schade te hebben ondervonden?

De beantwoording van de vraag, of de benadeelde schade moet hebben geleden, hangt sterk af van de betekenis, die men aan het woord schade toekent. Wanneer men zou aannemen, dat door elke norm- of regelschending aan iemand of iets, al was het dan maar de abstracte rechtsorde, nadeel wordt toegebracht, dan is het gemakkelijk voor elk rechtssysteem te stellen, dat er, alvorens sanktionerend kan worden opgetreden, schade moet

zijn berokkend. Bij een zo ruim begrip 'schade' zegt een eventuele 'schade-eis' dan ook niets. In het verbintenissenrecht is het begrip 'schade' echter nader gespecificeerd: art. 6.1.9.11 NBW kent bij wanprestatie en onrechtmatige daad in het algemeen ook een vergoeding toe voor onstoffelijke schade, zij het onder zekere beperkingen.⁸⁷ Deze schade is bij de onrechtmatige daad één van de belangrijke elementen. De pleger van de daad is gehouden de daardoor aan de ander toegebrachte schade te vergoeden. Die schade moet dan wel uit de onrechtmatige daad zijn voortgevloeid.⁸⁸

Bij wanprestatie is de schade van secundair belang,⁸⁹ zelfs facultatief. Bij niet-nakoming van de verbintenis kan veroordeeld worden tot nakoming of ontbinding, ook wanneer er van schade geen sprake is. Maar ook kan de schuldenaar gehouden worden tot vergoeding van het feitelijk nadeel, dat uit de wanprestatie voortvloeit. De omvang hiervan wordt bepaald door een vergelijking van de vermogenstoestand, zoals deze na de wanprestatie is geworden, met de toestand, zoals deze zou zijn geweest, indien de wanprestatie niet zou hebben plaats gevonden.⁹⁰

Om te bepalen of een regel uit het straf- en administratief sanktierrecht is overtreden, is de concrete materiële of immateriële schade meestal een irrelevante zaak. Wel zal die schade meespelen bij het uiteindelijk oordeel van de overheid over de vraag, of al dan niet gereageerd zal worden. Het overheidsoptreden is hier uitsluitend gebaseerd op het overtreden van voorwaarden of regels, ongeacht de schadevraag. Maar voor het beoordelen van de vraag, of het overheidsoptreden gewenst, adequaat en in die zin gerechtvaardigd is, alsmede voor het uiteindelijk bepalen van de strafmaat, kan de schade uiteraard wel een belangrijke factor zijn. Net als in het straf- en administratief recht zal ook in het tuchtrecht de (im)materiële schade geen voorwaarde zijn voor de toepasselijkheid van de tuchtbepalingen. Gelet op de aard van de norm in het tuchtrecht (het gaat in wezen om de instelling van het groepslid en pas secundair om de symptomen daarvan), is het voorstelbaar, dat in het tuchtrecht zelfs nog lossers van een eventuele individuele schade dan in het strafrecht kan worden opgetreden.

1.10.3 *Benadeelde als rechter?*

Als een rechtssysteem in de eerste plaats het algemeen belang nastreeft, lijkt het voor de hand te liggen, dat de rechter bij een rechtsschending het

87 Vgl. Asser-Rutten I, a.w., pp. 190-193, i.h.b. p. 192 en Asser-Rutten III (*De verbintenis uit de wet*), Zwolle 1979, p. 84 en 85: het blijkt, dat de toekenning van vergoeding voor ideële schade in het huidige recht zeker (nog) niet onomstreden is.

88 Asser-Rutten III, a.w., p. 83.

89 Asser-Rutten I, a.w., p. 150.

90 Ibidem, p. 181.

algemeen belang vertegenwoordigt en in die zin recht spreekt vanuit het standpunt van de benadeelde partij. In geen rechtsgebied zal de rechter zich echter dusdanig met de benadeelde identificeren, dat hij 'partijdig' zou kunnen worden genoemd: dan zou niet meer van 'recht' mogen worden gesproken.

Wel kan over de mate van (on)afhankelijkheid (en betrokkenheid) van de rechter iets worden gezegd. Wanneer bij privaatrechtelijke partijen één van hen zich niet aan een (vrijwillig) aangegane overeenkomst wenst te houden, dan zal de andere partij nakoming of ontbinding van de overeenkomst kunnen vragen aan een geheel onafhankelijke derde (afgezien van de bindende partijbeslissingen). Dit element nu ontbreekt in eerste instantie in het administratief recht. Als de burger zich niet aan de door de overheid opgelegde verplichtingen en/of voorwaarden heeft gehouden, dan kan de administratie, zonder rechterlijke tussenkomst, een sanktie opleggen. Hoewel partij in het geding, is zij toch tot een beslissing bevoegd. Doordat de belangrijke wet AROB echter deze scherpe kant van de administratief-rechtelijke procedure heeft afgeslepen, is – mede gelet op de in het volgende hoofdstuk te noemen grondwetswijziging – de onafhankelijke rechterlijke tussenkomst in principe ook hier gewaarborgd.

Staat de positie van de rechter in het strafrecht buiten kijf, in menig tuchtrecht is er echter in het algemeen op diens onafhankelijkheid nogal eens iets af te dingen. Dat is niet alleen het logische gevolg van het feit, dat de groep, waaruit de tuchtrechter terwille van de vereiste deskundigheid moet worden gerecruteerd, kleiner is. Veel belangrijker is het verschijnsel, dat de gezagsdragers, de bestuurders van een groep, vaak als tuchtrechter en dus als bestraffer gaan optreden. Veelal zullen deze gezagsinstanties zich door de normschending meer gekrenkt voelen dan andere groepsleden. Hier lijkt het er meer op, dat de benadeelde, of althans een vertegenwoordiger van de benadeelden, zelf als rechter optreedt. Echter in veel gevallen, zodra het algemeen belang zich laat gelden, is te constateren, dat 'onafhankelijke' tuchtinstanties ontstaan, al is dat maar een 'strafcommissie'. Het wettelijk geregelde tuchtrecht gaat soms nog verder door ook buitenstaanders – niet groepsleden – in de tuchtcolleges te benoemen, ten einde het algemeen belang te onderstrepen. Deze integratie mag worden toegejuicht, als maar wordt gezorgd, dat er (gelet op de veelal ongeschreven normen) sprake blijft van een deskundige tuchtrechter.⁹¹

Concluderend kan worden gesteld: in verschillende vormen van het tuchtrecht komen ook minder 'onafhankelijke' rechters voor. De vereiste deskundigheid van de tuchtrechter is hiervoor slechts een gedeeltelijke ver-

91 Zie hierover nader dit hoofdstuk, paragraaf 1.12 en hoofdstuk 4, subparagraaf 4.2.1.

klaring. De belangrijkste oorzaak is het feit, dat de bestuurders van een groep vaak als tuchtrechters optreden.

In het tuchtrecht, dat bij wet geregeld is, worden in verband met het algemeen belang ook buitenstaanders als rechters benoemd.

1.11 Het tuchtrecht heeft een eigen terrein

Schrijvers onderzochten tot dusver de relatie van het tuchtrecht tot het strafrecht: zo vindt Röling de voorstelling, 'dat het tuchtrecht het verlengstuk zou zijn van het strafrecht, zóó dat de onderste grens van het strafrecht de bovenste van het tuchtrecht zou vormen', onjuist: 'Beter is het beeld van Hellmuth Mayer, waar deze spreekt van twee elkaar snijdende cirkels'.⁹²

Ook Taat ziet overeenkomsten tussen tuchtrecht en strafrecht. Hij beschouwt het tuchtrecht zelfs als 'soort' strafrecht. Volgens hem zijn er twee soorten strafrecht, namelijk het 'staats'strafrecht (droit criminel) en 'groeps'strafrecht (tuchtrecht). Het verschil zit, volgens Taat, dan uitsluitend in de reikwijdte van het soort strafrecht. Beide vormen van 'strafrecht' zouden veel verwantschap met elkaar vertonen, meer dan met enige andere tak der juridische wetenschap.⁹³ Tegen de schrijvers, die tuchtrecht en strafrecht geheel gelijkschakelen,⁹⁴ voert Taat als voornaamste argument aan, dat hun beschouwingen in gebreke blijven een verklaring te geven voor de vele verschilpunten tussen strafrecht en tuchtrecht.⁹⁵

Taat wijst er terecht op, dat het tuchtrecht duidelijk verschilt van het strafrecht. De beschermende functie van het tuchtrecht blijft onder de oppervlakte, de aard van de normen is in het tuchtrecht principieel anders, het tuchtrecht is groepsrecht en trekt zich primair de belangen van die groep aan en de groep als benadeelde heeft een sterke positie. Naarmate de groep een grotere maatschappelijke relevantie heeft, is ook de positie van de benadeelde buitenstaander sterker. Het tuchtrecht kent andere sankties dan het strafrecht. Het tuchtgerecht wordt soms door de bestuurders (gezagsdragers) gevormd; in andere gevallen is het (gedeeltelijk) in meer of mindere mate afhankelijk van de bestuurders van de groep. Voorwaar een belangrijke reeks verschillen.

Is het tuchtrecht dan gelijk te schakelen met één van de andere stelsels? Neen, want op de onderzochte punten had het nu eens de kenmerken van

92 Röling, a.w., pp. 42 en 43.

93 Taat, a.w., p. 7.

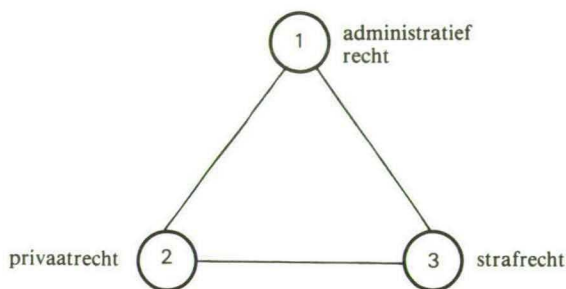
94 Evenals De Bie (zie noot 26) geeft ook Taat een opsomming van meningen van – vooral buitenlandse – schrijvers, die het tuchtrecht en zijn verhouding tot het strafrecht hebben besproken. (pp. 1-14).

95 Taat, a.w., p. 13.

dit, dan weer van dat sanktierecht, zonder dat het met één van die rechtsstelsels kon worden geïdentificeerd. Dit komt mede door de vele vormen van tuchtrecht, die we kennen. Op belangrijke punten, namelijk de vrijwilligheid van onderwerping en de aard van de normen, konden belangrijke overeenkomsten worden gesignaleerd van vormen van tuchtrecht met de privaatrechtelijke inspanningsverbintenis. Op sommige punten, inderdaad, komt een vergelijking met het strafrecht op positieve resultaten uit: het doel van de straffen uit het tuchtrecht en het strafrecht lijkt niet van elkaar te verschillen en weliswaar streeft het strafrecht alleen het algemeen belang na, maar ook het tuchtrecht heeft veelal – mede – een belangrijke ‘algemeen belang-component’. Met het administratief recht heeft het tuchtrecht in veel gevallen de overeenkomst, dat de gezagsdrager tevens de sanktie-oplegger is.

Het tuchtrecht blijkt derhalve een eigen karakter te bezitten. Het ‘ligt’ ergens buiten de gebieden van het straf-, privaaf- of administratief recht, hoewel onderscheidene vormen van het tuchtrecht wel degelijk verwantschap tonen met één of meer van die rechtsgebieden.

Schematisch zou men zich het veld als volgt kunnen voorstellen:



Het tuchtrecht bestrijkt in deze visie het veld tussen het administratief-, civiel- en strafrecht. Het heeft één of meer kenmerken van de drie genoemde rechtssystemen, zonder daartoe te kunnen worden gerekend, mede doordat er sprake dient te zijn van een groep als hiervoor omschreven.

Het spreekt voor zich, dat bij het inschalen van een bepaald soort recht talrijke grensproblemen kunnen ontstaan, die niet onmiddellijk op te lossen zijn. Tot die grensvragen kan bijvoorbeeld de vraag, of publiekrechtelijke bedrijfstuchtrechtspraak eigenlijk niet ressorteert onder het administratief recht, (mijns inziens wel) worden gerekend, maar ook vragen als: moet (een groot deel van) het verkeersstrafrecht niet verkeerstuchtrecht zijn (mijns inziens niet); is het economisch strafrecht wel terecht strafrecht (mijns inziens in elk geval terecht geen tuchtrecht). Ook de plaats van het opvoedingstuchtrecht (bijvoorbeeld in gezin of op school) behoort tot de grensvragen. Dit tuchtrecht neemt een geheel aparte plaats

in en hoort wellicht zelfs in de driehoek niet thuis, omdat de opvoedingsrelatie, die een typisch niet-juridisch karakter bezit, hier de verhoudingen zozeer beheerst, dat de rechtshandhavende overheid op dit gebied slechts een marginale taak kan hebben. Het sterkst geldt dit voor het gezin, het minst sterk voor opvoedingsinrichtingen. Hiermee wordt niet beweerd, dat de tucht van bijvoorbeeld de ouders niets met recht te maken heeft. Maar het ging ons hier om de vraag, of de gezinstucht als 'tuchtrechtsstelsel' een plaats kan en moet hebben 'tussen' de drie grote rechtsstelsels.

Waarom wordt het tuchtrecht in zijn algemeenheid nu zo dikwijls alleen vergeleken met het strafrecht? Niet slechts omdat ieder tuchtrecht wel één of meer strafrechtelijke kenmerken in zich heeft. Maar vooral, omdat de feitelijke gang van zaken tijdens het tuchtproces, in elk geval uiterlijk, zo zeer op het strafprocesrecht lijkt. Bovendien worden er in het tuchtrecht *straffen* opgelegd. Het ligt dus eigenlijk wel voor de hand, dat de verhouding tuchtrecht-strafrecht zich het eerst en het meest opdringt.

In het vervolg van deze studie zal dan ook aan deze verhouding overwegende aandacht worden besteed. In hoofdstuk 3 zullen beweerd of ogenschijnlijke, dan welke werkelijke overeenkomsten van het materiële tuchtrecht met het materiële strafrecht worden besproken. In hoofdstuk 4 zal de vergelijking op procesrechtelijk terrein worden uitgediept.

Conclusie: het tuchtrecht is inderdaad een recht sui generis: het tuchtrecht heeft een *eigen*(soortig) terrein. Met Röling⁹⁶ zou men wel kunnen spreken van snijdende cirkels: echter niet van slechts twee, doch van zoveel als er soorten (sanktie)recht zijn.

1.12 Bestaansrecht van het tuchtrecht

Tot dusver hebben we het tuchtrecht vergeleken met de drie hoofd-sanktiestelsels en zagen we dat het tuchtrecht ontsnapte aan pogingen het met één van deze stelsels te vereenzelvigen. Is het mogelijk het tuchtrecht meer positief te benaderen? Heeft het tuchtrecht wel bestaansrecht als sanktiestelsel? Zijn er specifieke kenmerken aan te geven, die het tuchtrecht typeren?

Mevrouw Hazewinkel heeft in de beraadslagingen van de N.J.V. in 1936 verschillende bestaansredenen van het tuchtrecht (naast het strafrecht) genoemd:⁹⁷ sommige gedragingen vallen buiten het bereik van het

⁹⁶ Zie noot 92.

⁹⁷ Reactie Mevr. Hazewinkel-Suringa, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1936, II pp. 160-168.

strafrecht, maar worden binnen bepaalde groepen als ontoelaatbaar beschouwd en zijn ernstig genoeg om tuchtrechtelijk tegemoet getreden te worden (correctieve functie); wanneer het slechts er naar streeft, dat een ongeschikt of onwaardig gebleken individu uit ambt of beroep wordt verwijderd, dan vervult het tuchtrecht een purgatoire functie; vervolgens ziet zij een bestaansrecht voor die feiten van lichte aard, die wel strafrechtelijk afgedaan zouden kunnen worden, maar die desalniettemin aan de tuchtrechter ter berechtiging worden toevertrouwd (plaatsvervangende functie).

Van Agt bespreekt deze bestaansredenen (door mevrouw Hazewinkel 'functies' genoemd) van het tuchtrecht. Hij noemt de correctieve en plaatsvervangende functie congruent aan het strafrecht en constateert, dat slechts het purgatoir tuchtrecht een ander silhouet heeft, omdat het hier niet om straffen zou gaan, maar alleen om maatregelen, voor het treffen waarvan geen schuld bij de betrokkenen vereist zou zijn.⁹⁸

Wanneer F.F. Langemeijer het heeft over het verschil tussen het (militair) straf- en tuchtrecht, maakt hij een kwalitatief en een kwantitatief verschil. De correctieve en purgatoire functie van mevrouw Hazewinkel noemt hij dan een voorbeeld van het kwalitatief, en de door haar genoemde plaatsvervangende functie een voorbeeld van het kwantitatief onderscheid, dat zuiver betrekking heeft op de ernst van de overtreding. De zin van het kwalitatief onderscheid (het kwantitatief onderscheid noemt hij geen principiële zaak) is volgens Langemeijer gelegen in drie factoren, te weten de afzonderlijkheid van de tuchtrechtelijke normen, de kwaliteit van de tuchtrechter en de aard van de sankties.⁹⁹

Bij beschouwing van bovenstaande opvattingen kan de mening van Van Agt, dat de functies van mevrouw Hazewinkel ons ook niet veel verder kunnen brengen, worden gedeeld. Inderdaad lijkt de correctieve functie van het tuchtrecht eerder congruent aan die van het strafrecht en het strafrecht kan zeker ook een purgatoire werking hebben, wanneer iemand uit de samenleving wordt geïsoleerd. Dat strafbare feiten van lichte aard een criterium vormen, lijkt, met alle respect, niet geheel overeenkomstig de praktijk. Onrecht wordt mede aan het strafrecht toegedeeld, wanneer de 'technicité' van andere rechtssystemen te kort schiet.¹⁰⁰

Dit kan dan over 'onbenullige' feitjes gaan. Men denke hierbij aan art. 461 Sr, het lopen over 'verboden grond'. Toch dient te worden bedacht, dat mevrouw Hazewinkel het tuchtrecht en het strafrecht niet apart besprak, doch de twee systemen tegenover elkaar zette en waarschijnlijk niet meer heeft bedoeld, dan grote lijnen aan te geven. In elk geval kan aan haar worden toegegeven, dat daar waar straf- en tuchtrecht naast elkaar als

98 Van Agt, a.w., p. 61; zie hierover hoofdstuk 3, paragraaf 3.3.

99 F.F. Langemeijer, a.w., p. 138 e.v.

100 L.H.C. Hulsman, *Handhaving van recht*. Deventer, 1965, p. 15.

reële alternatieven bestaan, men in de praktijk de neiging heeft de 'zwaardere' zaken voor het strafrecht te reserveren. Maar dit is niet een oorzaak, doch veeleer een gevolg van een oorzaak: voor een strafrechtelijke veroordeling dient men te voldoen aan een tevoren vastgestelde deliktsomschrijving (art. 1 Sr). Deze deliktsomschrijvingen zijn over het algemeen niet gericht op specifieke daden van groepsleden in hun functie (uitgezonderd dan sommige van de zogenaamde 'kwaliteitsdelikten': bijvoorbeeld ambtsmisdriven). Het tuchtrecht kent geheel andere, veel algemenere normen gericht op de rolverwachting, waaraan wordt getoetst. Men denke als voorbeeld aan een medische omissie met ernstige gevolgen. Allereerst dient het feitencomplex te worden vastgesteld. Vervolgens dient te worden bezien, of door de omissie de groepsnorm, bijvoorbeeld met betrekking tot schending van het vertrouwen in de stand, werd overtreden. Een dergelijke overtreding van specifieke tuchtrechtelijke normen kan het beste worden beoordeeld door een *deskundige* tuchtrechter, die kan beschikken over een treffende sanktie, zoals schorsing uit het ambt. Met een dergelijke op de man en het geval toegemeten tuchtsanktie kan goed worden aangesloten bij de sfeer, waarbinnen de verboden handeling zich heeft afgespeeld.

Hoewel F. Langemeijer met name zijn hierboven genoemde factor 'afzonderlijkheid van de tuchtrechtelijke normen' belangrijk anders uitwerkt, kan zijn conclusie hier worden overgenomen: behalve die andere normen, kunnen de deskundigheid van de tuchtrechter en de aard van de sankties als de redenen van het bestaan van het tuchtrecht worden gezien. Dit typeert het tuchtrecht niet slechts ten opzichte van het strafrecht, doch ten opzichte van alle andere bestaande rechtsgebieden. Gelet op de veelvormigheid van het tuchtrecht moeten we het bij deze algemene kenmerken laten. Op grond daarvan kon overigens het afzonderlijk bestaan van het tuchtrecht reeds duidelijk worden gedemonstreerd.

1.13 Indeling van het tuchtrecht in de literatuur

Het tuchtrecht is niet te begrijpen, als we geen oog hebben voor de bonte verscheidenheid van tuchtrechtelijke stelsels. De veelkleurige interne variatie binnen 'het tuchtrecht' hangt vooral samen met de grote verschillen in categorieën van personen, die aan enig tuchtrecht onderworpen zijn. Daarom nu iets over de verscheidenheid binnen het tuchtrecht.

De eerste schrijver, die hier wordt behandeld, is Röling. Ook volgens hem is er een veelsoortig tuchtrecht.¹⁰¹ Er zijn naar zijn mening 'plus-kringen' en 'minus-kringen'. De namen zeggen genoeg:

101 Röling, a.w., pp. 32 en 33.

Er zijn 'plus-kringen', zoals die van de beambten, advocaten, medici etc., die als zoodanig naast de rechten die zij verleen, plichten meebrengen (...) Waar het op aankomt, is dat bepaalde functies in het maatschappelijk leven bijzondere plichten met zich meebrengen (...)

Er zijn 'minus-kringen', zoals die van de gevangenen, waar voor goede orde in den kring de overheid uit de volheid van haar gezag regels voorschrijft, waarnaar men zich te gedragen heeft (...).

J.M. van Bemmelen deelde tijdens de behandeling van de preadviezen van Röling en Gijsen in 1936 het tuchtrecht in naar de uitzonderingspositie, die de aan het tuchtrecht onderworpenen innemen: hij stelt, dat het tuchtrecht drie bronnen heeft: meer liefde (zoals in het gezin), meer vertrouwen (zoals notaris en medicus), meer nood (zoals op schepen, in de oorlog, de militaire macht, in gevangenen).

Van Bemmelen betoogt hiermee, dat het tuchtrecht niet in de eerste plaats groepsrecht is, maar dat het uit deze uitzonderingsbron ontstaat.¹⁰²

Taat maakte een uitgebreider en gedifferentieerder onderscheid in het tuchtrecht:¹⁰³

- a. Het hiërarchieke tuchtrecht, waartoe het militaire tuchtrecht, het tuchtrecht van paramilitaire organisaties, zoals bijvoorbeeld arbeidsdienst en politiecorps, het tuchtrecht op koopvaardij-schepen en het ambtenarentuchtrecht behoort. Het kenmerk van het hiërarchieke tuchtrecht zou zijn, dat de tuchtrechter steeds een hiërarchisch meerdere is van de 'delinquent'.
- b. Het tuchtrecht van de vertrouwensambten of -beroepen. Daartoe behoort het tuchtrecht van de rechterlijke macht, advocaten, notarissen, medici en gezagvoerders van schepen en vliegtuigen. Als kenmerk hebben deze groepen, dat zij een bijzonder vertrouwen in de groep en de leden daarvan nodig hebben voor het volvoeren van hun taak.
- c. Het tuchtrecht in het bedrijfsleven is het tuchtrecht van de verschillende groepen op het gebied van de industrie, het ambacht, de handel, de landbouw en de visserij.
- d. Het opvoedingstuchtrecht, ten doel hebbend de handhaving van de goede orde en tucht in groepen, die voornamelijk de opvoeding van hun leden ten doel hebben. Hiertoe behoren, volgens Taat, tuchtrecht

¹⁰² Reactie J.M. van Bemmelen, *Handelingen NJV.*, 1936, I, 3e stuk, pp. 207 en 208. Het betoog van Van Bemmelen was er om te beargumenteren, dat het crisistuchtrecht terecht tuchtrecht werd genoemd. Van Agt, a.w., p. 25 grijpt deze passage aan, om zijn afkeer van de term groepsrecht voor het tuchtrecht te onderbouwen.

¹⁰³ Taat, a.w., pp. 19 en 20.

in het gezin, van de onderwijsinrichtingen en van universiteiten en hogescholen.

En tot slot:

e. Het kerkelijk tuchtrecht, gesplitst volgens de verschillende confessies.

Verpaalen constateert, dat er tot dan toe twee complexen van regels bestonden, welke men als tuchtrecht aanduidde: het kenmerk van de ene soort is, dat het toegepast wordt op personen, die zelfstandig hun functie uitoefenen en eigen verantwoordelijkheid hebben, zoals de advocaten, de artsen, de schippers. Het andere tuchtrecht is dan het tuchtigingsrecht, dat toegepast wordt op degenen, die aan de uitoefening van gezag zijn onderworpen, zoals de gevangene, de minderjarige en de schepeling.¹⁰⁴

Vervolgens bespreekt Verpaalen enige (strafrechtelijke) 'verpleegsters-arresten'.¹⁰⁵ Het ging hierbij, volgens hem, om het technisch beoordelen van een beroepsfout.¹⁰⁶ De verpleegsters werden vervolgd voor het delikt 'dood door schuld'. De vraag, die (volgens de Advocaat-Generaal in de zaak Paula F.) diende te worden beantwoord, was die of zij minder had nagedacht, dan met haar opleiding, haar leeftijd en ontwikkeling *in haar positie, in de betrokken situatie* mocht worden verwacht.¹⁰⁷ Mede aan de hand hiervan constateert Verpaalen, dat er behoefte bestaat aan een andere vorm van tuchtrecht, waaronder de door hem eerst genoemde vorm zou moeten vallen: het 'technisch' tuchtrecht: 'Niet het ondermijnen van het vertrouwen in de stand is primair, maar een technische beoordeling van technische fouten'.¹⁰⁸

Wanneer Van Agt verschillende vormen van tuchtrecht gaat bespreken, maakt hij, gezien vanuit de mate van betrokkenheid op het algemeen belang, globaal de volgende rangschikking:

- a. gewone privaatrechtelijke verenigingen en stichtingen;
- b. concentraties van economische macht, waaronder 'monopolistische' sportorganisaties;
- c. stichtingen met een overheidstaak;
- d. publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties;
- e. het grensoverschrijdende beroepsvervoer;
- f. de vertrouwensberoepen;

¹⁰⁴ Verpaalen, a.w., pp. 66 en 67.

¹⁰⁵ HR 19-2-1963, NJ 1963 — 512 na Rb Amsterdam 13-4-1962 NJ 1962 — 268 en de zaak 'Paula F.' (niet gepubliceerd).

¹⁰⁶ Verpaalen, a.w., p. 73.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 72.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 74; Verpaalen constateert tijdens de beraadslagingen, dat de door hem gewenste — derde — vorm van tuchtrecht in feite al bestaat, namelijk in de Schepenvetwet en de Luchtvaartwet (Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2, p. 106).

- g. ambtenaren en daaraan verwante funktionarissen, waaronder politie, militairen en onderwijzers; en tot slot
- h. de gedetineerden.¹⁰⁹

F.F. Langemeijer maakt geen echte afbakenende indeling. Hij behandelt het militaire tuchtrecht vanuit vier elkaar overlappende groepen, namelijk het opvoedingstuchtrecht, het groepsrecht, het technisch tuchtrecht en het rechtspositierecht.¹¹⁰

Verpaalen noopt tot commentaar. Hij heeft het, behalve over het in de volgende paragraaf te bespreken tuchtigingsrecht, over twee categorieën. De eerste betreft personen, die zelfstandig hun functie uitoefenen en een eigen verantwoordelijkheid hebben. Hier zou het de vraag zijn 'heeft hij gehandeld in strijd met de eer van zijn stand?' Als derde categorie noemde hij het technisch tuchtrecht, waarbij de (normatieve) vraag 'wat mag van iemand in zijn functie worden verwacht?'¹¹¹ relevant was.

De eerste categorie gaat in de derde op. Gelijk Röling stelde, ziet men de mens niet meer slechts als 'vrije burger', doch als funktionaris in de gemeenschap.¹¹² Het tuchtrecht is dan het geheel van regels, die de plichten aangeven van hen, die een bepaalde functie uitoefenen. Dit zijn de bijzondere plichten, die allen gemeen hebben, die eenzelfde functie uitoefenen. Wat van de funktionarissen in die functie mag worden verwacht, is *de* tuchtrechtelijke vraag.¹¹³ Maar eigenlijk is al het tuchtrecht normatief en/of technisch, of, zo men wil, functioneel tuchtrecht, waardoor het voorvoegsel weggelaten kan worden.

In deze functie kan eventueel — afhankelijk van de aard van de groep — zonder bezwaar het verbod tot handelen in strijd met de eer van de stand zijn ingebouwd.

1.14 Eigen indeling

De betekenis van alle in de vorige paragraaf besproken indelingen ligt mijns inziens vooral in de pogingen om orde te scheppen in het grote ter-

109 Van Agt, a.w., p. 26 e.v.

110 F. Langemeijer, a.w., p. 57 e.v.; N.D. Jörg heeft er in zijn bespreking van het boek van Langemeijer op gewezen, dat er geen verantwoording wordt afgelegd, waarom deze indeling wordt gehanteerd (DD 8 (1978) p. 35).

111 Verpaalen, a.w., p. 72.

112 Röling, a.w., p. 35.

113 Deze opvatting sluit dan ook aan op die van G.E. Langemeijer, zij het, dat men in diens beperktere definitie de term 'beoefenaar van het beroep' beter zou kunnen vervangen door een algemene term 'funktionarissen': 'Voor tuchtrechtelijke en niet voor strafrechtelijke repressie komen in aanmerking die tekortkomingen, die getuigen van een tekort in eigenschappen die een beoefenaar van het beroep in meer dan gemiddelde mate dient te bezitten, zonder dat een tekortschieten daarin noodzakelijk wijst op wat in iedereen een zedelijk tekort of althans een onmaatschappelijke gezindheid zou betekenen.' (*Tuchtrecht*, a.w., p. 7).

rein van het tuchtrecht. De bruikbaarheid van die indelingen blijft echter beperkt, wanneer de gemaakte onderscheidingen geen duidelijke verschillen in rechtsgevolgen met zich meebrengen. En juist om die rechtsgevolgen is het in deze studie te doen. Met het oog hierop hebben wij niet genoeg aan *indelingen* (hoe verhelderend ook), maar hebben wij bovendien en vooral een *reeks* nodig, een rij, een volgorde, waarin die verschillende soorten tuchtrecht worden geplaatst. Want alleen met behulp daarvan kan worden onderzocht in welke mate bepaalde fundamentele rechtsbeginselen in een gegeven tuchtrechtsstelsel tot gelding moeten komen. Het ordeningscriterium, dat zich hierbij als vanzelf aandient, is dat van de mate van vrijwillige aanwezigheid in de groep. De vrijwilligheid is immers een aspect van de vrijheid. Naarmate de vrijheid moet worden ingeperkt (en de noodzaak daartoe moet van geval tot geval worden gezien en voortdurend worden *herbezien*) of naarmate de vrijheid feitelijk blijkt te worden ingeperkt, in die mate moet de rechtsbescherming worden uitgebreid. Ik werk dit in de volgende paragraaf verder uit.

In feite wordt hier voortgeborduurd op hetgeen al in paragraaf 1.9 is opgemerkt, waar de (on)vrijwillige onderwerping aan de verschillende sanktiestelsels aan de orde was en reeds werd aangegeven, dat het tuchtrecht ook in dit verband niet onder één noemer te vangen is.

De indeling, die hier wordt voorgestaan, met de vrijwilligheidsgraad als criterium van het tuchtrecht, biedt aan de jurist minder houvast dan de indeling in scherp omschreven categorieën tuchtrecht. De jurist is gewend duidelijk te definiëren, maar komt daardoor nogal eens tot logische scherp belijnde begrippen, die de realiteit niet adequaat weergeven. De werkelijkheid laat zich niet altijd met een dergelijke begrippen-benadering vangen en vertoont nogal eens het beeld van een glijdende schaal. Meer dan een model, een wijze van benaderen, is dit intussen niet, want om aan te geven waar een bepaald soort tuchtrecht geplaatst moet worden op die schaal, is een graadverdeling onmisbaar, waardoor het model bij de praktische toepassing meer de vorm krijgt van een trap, dan van een glijbaan. Met andere woorden: er blijven begrippen nodig, die een bepaald deel van de schaal aanduiden. Zo kan de mate van vrijwillige aanwezigheid bijvoorbeeld worden aangeduid als: geheel aanwezig — beperkt aanwezig — vrijwel afwezig — geheel afwezig.

Er moet eerst nog meer worden gezegd over de vrijwilligheid. In paragraaf 1.9 had ik het over het verbintenissenrecht, waar sprake zou zijn van vrijwilligheid om een contract al dan niet te sluiten. Maar vanzelfsprekend kan ook in dit recht lang niet altijd van 100 procent vrijwilligheid worden gesproken (men denke aan het kopen van eerste levensbehoeften). Als we een dergelijke overeenkomst geheel vrijwillig moeten noemen, dan lijkt

dit een al te ruime opvatting van vrijwilligheid. Zo zijn ook in het tuchtrecht tal van nuances denkbaar; een lid van een klaverjasvereniging kan ook klaverjassen zonder daarvan lid te zijn.

Maar hoe — feitelijk — anders is dat bij een sportorganisatie als de Koninklijke Nederlandsche Voetbal Bond, die een dusdanige monopoliepositie inneemt, dat het niet wel mogelijk is op een redelijke manier de voetbalsport te bedrijven, zonder lid te zijn van die bond.

Alle geneeskundigen, tandartsen, vroedvrouwen en apothekers vallen onder het bereik van de Medische Tuchtwet. Getuigt de opvatting, dat men geheel vrij is te kiezen tussen wel of niet tot de groep te gaan behoren, wel van werkelijkheidszin? Het contractuele element in het tuchtrecht lijkt bij een groep als gevangenen zelfs geheel te ontbreken: waren zij wel vrij te kiezen om al dan niet die daden te begaan, waardoor zij in hun cel terecht kwamen? Zijn kerkelijken wel zo vrij geweest zich al dan niet aan het kerkelijk tuchtrecht te onderwerpen? En in dit verband nog maar te zwijgen van hen, die onderworpen zijn aan het tuchtrecht in een gezin!

Verder genuanceerd: iets wat vrijwillig begint (te denken valt aan schepelingen en beroepsmilitairen) kan in een on-vrijwillige situatie resulteren, omdat men geen mogelijkheden tot uittreden heeft. Iets wat onvrijwillig begint (kerk, gezin), kan vrijwillig worden, omdat men wel mogelijkheden tot uittreden heeft of met de loop der jaren krijgt. Hobbyïsten zijn over het algemeen (uiteraard afhankelijk van het contract) vrij om hun lidmaatschap ook weer te beëindigen, waar gevangenen zouden willen zulk een vrijheid te bezitten.

Een en ander geeft aan, dat de 'vrijwilligheid' in de meest ruime zin dient te worden geïnterpreteerd en dat met allerlei economische, emotionele, fysieke en strafrechtelijke beperkingen daarvan rekening moet worden gehouden. Per tuchtrechtsstelsel moet de mate van vrijwilligheid worden bepaald met inachtneming van alle factoren, die deze vrijwilligheid constitueren.

1.15 Inschaling

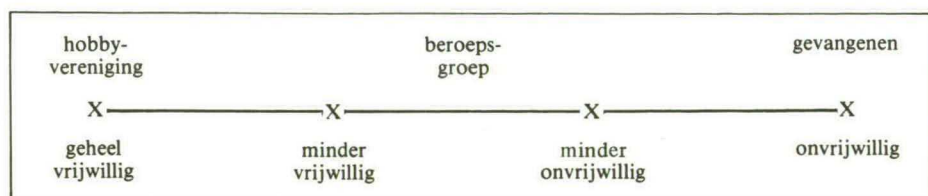
Het is inderdaad mogelijk aan de hand van het vrijwilligheids criterium een reeks op te stellen voor het tuchtrecht. Aan de ene kant van de reeks kan het tuchtrecht worden geplaatst, waar van *veel* vrijwilligheid kan worden gesproken, aan de andere kant kan worden gesitueerd het tuchtrecht, waarbij niet of weinig sprake is van vrijwillige aanwezigheid. Aan de ene kant denke men derhalve aan bijvoorbeeld een hobbyvereniging,¹¹⁴ ter-

114 Van Agt, a.w., p. 25.

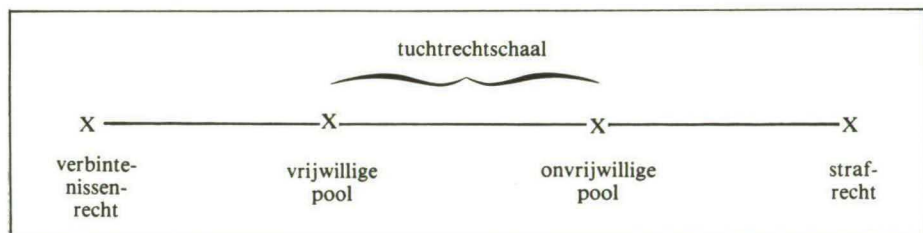
wijl te anderer zijde gedacht kan worden aan gevangenen of dienstplichtigen.¹¹⁵

Tussen deze uitersten kunnen dan de andere vormen van tuchtrecht worden geplaatst: bijvoorbeeld het 'beroepen'tuchtrecht (veelal in wetten geregeld), aangezien bij het hebben van een beroep niet van een louter vrijwillige of van een louter onvrijwillige aanwezigheid in die beroepsgroep kan worden gesproken. De wil om het beroep uit te oefenen kan geheel vrije keuze zijn, doch ook gestoeld zijn op een sociale noodzaak. Wil men eenmaal een bepaald beroep uitoefenen, dan is men veelal automatisch onderworpen aan het daar vigerende tuchtrecht.¹¹⁶

Tot nu toe hebben we het navolgende schema voor ogen:



Wanneer we deze imaginaire lijn, met daarop verschillende vormen van tuchtrecht uitgezet, aan beide zijden doortrekken, komen we enerzijds in het gebied van het (vrijwillige) verbintenissenrecht en anderzijds op het terrein van het (onvrijwillige) strafrecht:



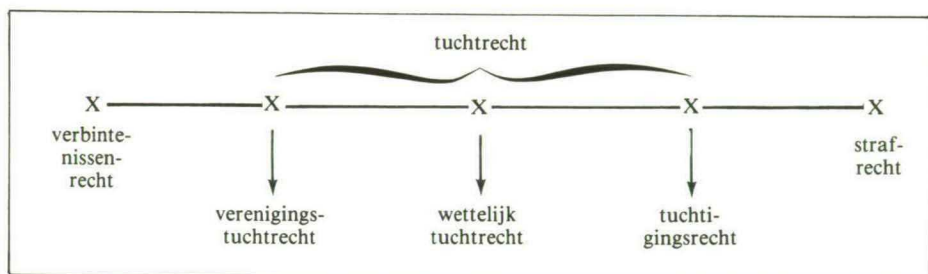
De vorm van het tuchtrecht, die het dichtst moet worden ingeschaald bij het verbintenissenrecht, ondergaat sterke 'contractuele' invloeden. Naarmate een tuchtrechtsstelsel verder van het verbintenissenrecht verwijderd is in de richting van het strafrecht, zullen er meer strafrechtelijke kenmerken zijn en zullen strafrechtelijke beginselen zwaarder gaan wegen.

115 E.M. Meijers noemt in zijn noot HR 29 december 1911 W 9272 een dergelijke gemeenschap, waartoe personen behoren, die niet vrijwillig zijn toegetreden, een *dwanggemeenschap*.

116 Zo ook P. de Visser, *De deelneming van deskundigen aan rechtspraak*, Deventer, 1971, p. 99.

Het voordeel van deze 'tweepolige ordening' is ook een vereenvoudiging van de probleemstelling. Tot dusver gaven we ons immers steeds rekenschap van *drie* polen, namelijk civiel-, administratief- en strafrecht, maar door de 'vrijwilligheidsreeks' komt de administratieve pool (waar theoretisch veel vormen van tuchtrecht dichtbij liggen) te vervallen, omdat voor de door mij onderzochte gelding van fundamentele rechtsbeginselen eventuele verwantschap met het administratief recht geen afzonderlijke betekenis meer heeft.

In het hiernavolgende zal ik het dikwijls over de volgende groepen tuchtrecht hebben: het 'vrijwilligste' tuchtrecht of 'verenigings'-tuchtrecht; het beroepentuchtrecht (meestal een wettelijk tuchtrecht) en het tuchtigingsrecht. Met deze begrippen wandelen we over de vrijwilligheidschaal en wel van het meest vrijwillige naar het onvrijwillige tuchtrecht. Aan de hand van deze referentiekaders kan elk tuchtrecht volgens het vrijwilligheids criterium worden ingeschaald en kunnen de eventuele consequenties getrokken worden.



Verenigingstuchtrecht

Tot en met 1936 had men nauwelijks oog voor deze vorm van tuchtrecht: eerst in latere literatuur¹¹⁷ wordt dit tuchtrecht genoemd. In de indeling van Van Bemmelen¹¹⁸ ('meer' liefde, vertrouwen en nood) is daarom geen plaats voor het tuchtrecht in verenigingen, terwijl Van Agt daarentegen weer meent, dat alleen op het gebied van 'privaatrechtelijke verbanden' van groeps- (en dus tucht-) recht kan worden gesproken.¹¹⁹

In dit boek wordt met het verenigingstuchtrecht dat gedeelte van het tuchtrecht bedoeld, dat het dichtst tegen het verbintenissenrecht 'aanzit'. Ook hier kan overigens weer onderscheid worden gemaakt. Er is al opgemerkt dat het gemakkelijker is als postzegelverzamelaar, zonder lid te zijn van een hobbyvereniging, door het leven te gaan, dan te voetballen buiten voetbalbond-verband.

117 Prins, t.a.p., p. 543 maakt er melding van.

118 Van Bemmelen, zie noot 102.

119 Van Agt, a.w., p. 25.

Wettelijk tuchtrecht

In de praktijk is dit altijd 'beroepen'-tuchtrecht, zonder de omgekeerde stelling (beroepentuchtrecht is altijd wettelijk tuchtrecht) daarmee te hebben geïntroduceerd. Voor wettelijk tuchtrecht denke men aan medici, notarissen, advocaten en accountants.¹²⁰ Ander beroepentuchtrecht is bijvoorbeeld het tuchtrecht in het betaalde voetbal.¹²¹

Het wettelijk tuchtrecht ligt niet 'per definitie' in het midden van onze reeks, doch omdat het in de *praktijk* het beroepentuchtrecht bestrijkt. Vooral in die beroepensfeer, waar de maatschappelijke betekenis van die bepaalde groep groter is, treffen we vaak een wettelijk geregeld tuchtrecht aan. De overheid voelde zich zo zeer betrokken bij het (soms reeds bestaande) 'interne', zelf georganiseerde verenigingstuchtrecht van die groepen, dat zij één en ander in een wettelijk kader wilde gieten. Daardoor wordt echter het karakter van tuchtrecht niet aan dit sanktierecht ontnomen. Het wettelijk tuchtrecht regelt meer uitgebreid processuele voorschriften, maar is zeer summier in het regelen van het materiële recht. De wetgever beoogt immers mede een ongereguleerd snel en simpel berechten van de tuchtvergrijpen te voorkomen. In het materiële recht blijft de in het geding zijnde norm: de rolverwachting van de betrokkenen. Weliswaar kan die verwachting door de overheidsbemoeienis worden beïnvloed, maar er worden niet zonder meer 'overheids'-regels opgelegd.¹²² Ook hier kan derhalve een positieve bijdrage van degene die tot de groepering behoort, aan het groepsdoel worden verwacht. De gemeenschappelijke waarden en normen ondervinden wel de druk van buitenaf, de maatschappelijke druk van het algemeen belang, doch die belangen lopen veelal toch parallel: het is dan een kwestie van accenten.

Tuchtigingsrecht

Met 'tuchtigingsrecht' wordt het gebied aangeduid, dat het dichtst tegen het strafrecht ligt. Verpaalen scheidde dit tuchtigingsrecht van het 'normale' tuchtrecht af. Het tuchtigingsrecht is te onderscheiden, omdat het toegepast wordt op degenen, die aan de uitoefening van *gezag* zijn onderworpen.¹²³ Ik zie deze vorm van tuchtrecht (nog *nét*) als een aparte vorm

120 We treffen vooral daar, waar de maatschappelijke betekenis van een bepaalde groep groot is, maar ook bij allerlei andere (vertrouwens)-beroepen, wettelijk tuchtrecht aan, Vgl. Van Agt, a.w., pp. 41-51.

121 Vgl. A. Wassing, *Het tuchtrecht van het publiekvoetbal*, Deventer, 1978, p. 140, waar hij het o.m. heeft over de 'richtlijnen tuchtrechtspraak betaald voetbal'; zie verder Van Agt, a.w., pp. 31-34 en p. 64 en ook H. de Doelder en A.J.A. van Dorst, Sport en Strafrecht, *NJB* 1977, pp. 164-170.

122 Meer hierover zie hoofdstuk 3, subparagraaf 3.2.3.

123 Verpaalen, a.w., p. 8; ook De Bie, a.w., p. 9 lijkt al onderscheid te maken tussen deze, wat hij noemt 'twee categorieën disciplinair recht.'

H.J. Gerlings (*Procespartijen en rechter*, Deventer-Antwerpen, 1963, p. 50 e.v.) en Wassing (a.w., p. 102) gebruiken de term 'tuchtigingsrecht' in de betekenis van tuchtprocesrecht.

of categorie van het tuchtrecht. Er hoeft echter niet altijd sprake te zijn van 'gezag': de meer algemene term hiërarchisch tuchtrecht is wellicht beter op zijn plaats. Maar de reden, dat er hier vaak sprake is van hiërarchische verhoudingen, is, dat we hier, in vergelijking met het overig tuchtrecht, weinig tot geen vrijwillige aanwezigheid aantreffen.

Bij de bespreking van de groepsdefinities van Merton heb ik reeds over een tuchtigingsrecht als tuchtrecht voor gevangenen gesproken. Ik introduceerde daar de minimumeis, dat de leden moeten kunnen beseffen, dat een bepaald handelen indruist tegen de groepsnormen en merkte op, dat gevangenen zich in elk geval in de 'gevarenzone' bevonden.¹²⁴ In elk geval heeft een gevangenisgroepering wel vormen van interactie en communicatie met elkaar.

Tot slot moet worden ingegaan op de mening van F.F. Langemeijer, dat het tuchtigingsrecht — dat hij in navolging van Verpaalen van het tuchtrecht afsplitst — geen groepsrecht zou zijn.¹²⁵ Deze opvatting wordt, gellet op mijn definitie van 'groep', niet gedeeld.¹²⁶ Maar het gevolg, dat Langemeijer aan het onderscheid tuchtigingsrecht — tuchtrecht verbindt, namelijk dat het tuchtigingsrecht negatieve normen en het tuchtrecht positieve normen zou hanteren,¹²⁷ is interessant. Wanneer men deze laatste opvatting nuanceert, kan zij in zoverre worden onderschreven, dat men ook naar mijn mening in het tuchtigingsrecht *meer* negatieve normen aantreft, dan in de rest van het tuchtrecht. Maar dit komt, doordat de vrijwillige aanwezigheid hier min of meer ontbreekt, terwijl er anderzijds nog wel van een groep in de door ons omschreven betekenis kan worden gesproken. Daarom lokaliseer ik het tuchtigingsrecht zo dicht bij het strafrecht en wordt het sterk beïnvloed door strafrechtelijke beginselen. Juist dit soort conclusies, zoals Langemeijer die in dit geval heeft getrokken, pleiten voor mijn mening, dat de vele vormen van tuchtrecht moeten worden ingeschaald. Met behulp van die inschaling krijgen we een dieper inzicht in de betekenis van de algemene beginselen voor de diverse vormen van het tuchtrecht.

124 We moeten hierbij niet alles 'slikken' (men denke aan het tuchtrecht in de P.B.O.'s). Bockwinkel (A. Bockwinkel, Strafrecht en tuchtrecht, *NJB* 1947, p. 510) wijst er ook op, dat de wetgever, onder het mom van tuchtrecht, regelen van strafrechtelijke aard presenteert.

125 F. Langemeijer, a.w., pp. 80-82.

126 Zie dit hoofdstuk, paragraaf 1.8.

127 F. Langemeijer, a.w., p. 81; buiten beschouwing wordt gelaten de minder juiste opmerking over de normen van het tuchtrecht en van het tuchtigingsrecht, die zich zouden verhouden als misdrijven tegenover overtredingen (p. 82).

2 De invloed van verdragen en de Grondwet

2.1 Inleiding

Schrijvend over de mening van Veegens, dat administratieve sankties, die in wezen strafsankties zijn, onder het bereik vallen van het Verdrag van Rome tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden,¹ uitte Van Agt de navolgende verzuchting: 'Deze waarschuwing moge ook het oor dergenen die tuchtrecht scheppen bereiken'.² Hier rijzen allerlei vragen. Geldt genoemd verdrag inderdaad voor het tuchtrecht; of is die gelding beperkt tot dat (deel van het) tuchtrecht, dat in wezen strafrechtelijke regelingen bevat; geldt in dat geval inderdaad het gehele verdrag? Met name is hier te denken aan het belangrijke artikel 6, waarin het 'fair play'-beginsel is verwoord. Indien aan het verdrag inderdaad, althans in principe, enig gezag over het tuchtrecht kan worden toegekend, dan is het de vraag of het mogelijk is de verdragsbepalingen vervolgens weer buiten spel te zetten door aan te nemen, dat men geacht kan worden bij contract afstand gedaan te hebben van de rechten, die door het verdrag zijn toegekend.

Wanneer de overheid geen of slechts een indirecte rol speelt in een bepaald tuchtrecht, is ook de zogenaamde derdenwerking van het verdrag van belang. Kan het verdrag voor het tuchtrecht van particulieren een rol spelen? Zo ja, wie dient men dan aan te spreken in geval van een mogelijke schending? Deze vragen zullen in dit hoofdstuk worden behandeld.

Op 11 maart 1979 is voor het Koninkrijk der Nederlanden in werking getreden het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke

- 1 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 november 1950, Trb. 1951, 154, nadien aangevuld met vijf protocollen (20 maart 1952, Trb. 1952, 80; 6 mei 1963, Trb. 1964, 34; 6 mei 1963, Trb. 1964, 35; 16 september 1963, Trb. 1969, 241 en 20 januari 1966, Trb. 1970, 97).
- 2 A.A.M. van Agt, Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en het tuchtprocesrecht wenselijk? Preadvies, *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 1, tweede stuk, p. 62. Van Agt doelt daar op D.J. Veegens, Het Europese Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en het nationale recht, *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, nr. 43, november 1960, p.54.

rechten (Trb. 1978, 177). Voor het tuchtrecht leidt tot verdrag niet tot nieuwe gezichtspunten. De tekst van de artikelen van het Verdrag van Rome, die in dit hoofdstuk worden genoemd, verschilt vrijwel niet van die van het Internationaal Verdrag: men vergelijk de artt. 5 en 6 van het Verdrag van Rome met de artt. 9 en 14 van het Internationaal Verdrag. Gelet op het feit, dat van het Internationaal Verdrag bovendien geen afwijkende jurisprudentie bekend is, kunnen we ons hier beperken tot het reeds jaren geldende Verdrag van Rome.

2.2 Artikel 5 Verdrag van Rome

Artikel 5 van het Verdrag van Rome garandeert voor ieder een recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid. Niemand mag van zijn vrijheid worden beroofd, behalve in de opgesomde gevallen onder de gestelde condities. Onder 'vrijheidsberoving' dient hier volgens Swart³ te worden verstaan: 'de volledige of vrijwel volledige ontneming van de bewegingsvrijheid die tot stand komt wanneer men iemand opsluit of belet een bepaalde plaats te verlaten zodat hij volledig of in verregaande mate van de buitenwereld is afgezonderd'.

Is er wel een tuchtrecht, dat een zo verregaande sanktie als vrijheidsberoving kent? In het contractuele tuchtrecht is dit feitelijk een onbekende sanktie. Wel zou men kunnen denken aan sankties uit het tuchtigingsrecht, bijvoorbeeld van militairen en gedetineerden.

Maar men zou de mening kunnen verdedigen, dat militairen⁴ en gevangenen toch al van hun vrijheid beroofd zijn, zodat de eventuele disciplinaire straffen in het verlengde daarvan liggen en slechts de wijze van uitvoering van de reeds bestaande en op de wet (dus op één van de uitzonderingsvoorwaarden van art. 5 VvR) gebaseerde algemene vrijheidsberoving betreffen.⁵

Deze uitleg wordt met betrekking tot militairen door het Europese Hof niet aanvaard: in de zaken tegen Dona/Schul en Engel en anderen⁶ werd beslist, dat de militaire tuchtstraffen, die waren opgelegd ('streng arrest' in het geval Engel en 'plaatsing in de tuchtklasse' – Nieuwersluis – in de gevallen Dona en Schul) vrijheidsberoving opleverden in de zin van

3 A.H.J. Swart, *Het europees verdrag ter bescherming van de rechten van de mens*, Cahier van het seminarium 'Van Hamel', nr. 12, Amsterdam 1973, p. 21.

4 Gedoeld wordt hier op 'dienstplichtigen', niet op de beroepskrachten of vrijwilligers.

5 Overigens wijst Kamminga (M.T. Kamminga, *Militair tuchtrecht en de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens*, *NJB* 1973, p. 1194) erop, dat vrijheidsbeperking nog geen vrijheidsberoving oplevert. Vgl. D.H.M. Meuwissen, *De Europese Conventie en het Nederlandse Recht*, Leiden 1968, p. 440.

6 Europese Hof voor de Rechten van de Mens, 8 juni 1976, NJ 1978 – 223. Zie hierover ook: par. 2.3.2.3 van dit hoofdstuk.

artikel 5 van het Verdrag van Rome. (Beide tuchtsankties zijn overigens inmiddels afgeschaft.) Als criterium hanteerde het hof de concrete situatie:

In order to determine whether someone has been 'deprived of his liberty' within the meaning of Article 5, the starting point must be his concrete situation.⁷

Die situatie nam het hof op de volgende wijze nader onder de loep:

Military service, as encountered in the Contracting States, does not on its own in any way constitute a deprivation of liberty under the Convention, since it is expressly sanctioned in Article 4 § 3 (b). In addition, rather wide limitations upon the freedom of movement of the members of the armed forces are entailed by reason of the specific demands of military service so that the normal restrictions accompanying it do not come within the ambit of Article 5 either.⁸

In het geval van Dona en Schul oordeelde het hof, dat er bij deze vrijheidsberoving geen schending van artikel 5 had plaatsgevonden, aangezien de betrokkenen bij rechterlijk vonnis in de tuchtklasse waren geplaatst.

Dit rechterlijk vonnis ontbrak in de zaak Engel. Het hof vond, dat er in casu derhalve wel sprake was van een schending van artikel 5. Houdt dit nu in, dat ook (de thans nog wel mogelijke) tuchtstraffen, die *zonder* rechterlijk vonnis aan de gedetineerden kunnen worden opgelegd, zoals opsluiting in een strafcel en afzondering in eigen of andere cel, in strijd zijn met artikel 5?

Gelet op de invalshoek van het Europese Hof dient eerst te worden beslist of er sprake is van een 'vrijheidsberoving', waartoe de actuele situatie dient te worden beschouwd. Volgens Kelk is er, wanneer het over disciplinaire maatregelen tegen gedetineerden gaat, een extra-beperking van de fysieke vrijheid. Hij spreekt in dat geval van een 'dubbel-gedetineerde'.⁹ In deze visie zou een tuchtstraf als opsluiting of afzondering 'vrijheidsberoving' genoemd kunnen worden. Ik moet echter constateren, dat de Europese Commissie in de Kiss-zaak met betrekking tot de gedetineerden een standpunt heeft ingenomen, dat geen reden tot twijfel over haar huidige opvatting overlaat. Daar werd namelijk onomwonden gesteld, dat een gevangene, anders dan een militair, gedurende zijn detentie van zijn gehele vrijheid is beroofd en dat elke vermindering van straf een louter privilege is.¹⁰

7 Paragraaf 59 (blz. 20) van het arrest.

8 Ibidem.

9 C. Kelk, *Recht voor gedetineerden*, Alphen aan den Rijn, 1978, p. 254.

10 Appl. 6224/73, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1977; The Hague/La Haye — Boston — London, 1978, p. 176; zie over deze Kiss-zaak dit hoofdstuk, p. 2.3.3.3.

Zonder het verschil tussen een militair en gedetineerde te willen ontkennen, lijken er onvoldoende redenen te zijn om tot de conclusie te komen dat een gedetineerde in beginsel 'geheel' van zijn vrijheid is beroofd en een militair klaarblijkelijk niet. De verschillen zijn niet absoluut, maar gradueel, zoals ook blijkt uit het feit, dat een gedetineerde gestraft kan worden met ... vrijheidsbeneming. Ook noties als 'recht' en 'gunst' geven hier geen verheldering: het is een gewrongen constructie om die (weliswaar sterk) beperkte vrijheden binnen de detentiesituatie te zien als gunsten (het in ons land geldend penitentiair recht gaat er van uit dat het *rechten* zijn) en een verdere beperking door een tuchtstraf als het intrekken van die gunsten. Het ligt daarom in de rede, dat in de toekomst dergelijke straffen worden (h)erkend als zodanig (extra) vrijheidsberovend, dat zij vallen onder de bescherming van het Europese Verdrag.

2.3 Artikel 6 Verdrag van Rome

2.3.1 *Wordt het tuchtrecht door artikel 6 beheerst?*

Artikel 6 houdt de regel in, dat wanneer er sprake is van het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen of het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgung, de waarborgen zoals in dat artikel genoemd in werking treden. Over het tuchtrecht wordt niet gesproken, waardoor de vraag, of art. 6 ook het tuchtrecht kan beheersen, afhangt van de navolgende kwesties:

- worden door het tuchtrecht burgerlijke rechten of verplichtingen vastgesteld en/of
- dient een tuchtrechtelijke vervolging op één lijn te worden gesteld met een strafvervolgung?

2.3.2 *Valt het tuchtrecht te begrijpen onder 'vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen'?*

2.3.2.1 *Beperkt tot twistgedingen?*

Op 9 december 1965 (NJ 1966-378) besliste de Hoge Raad, 'dat uit de bewoordingen van art. 6 van genoemd verdrag (van Rome, dD) moet worden afgeleid, dat het eerste lid van dit artikel, voor zover het bepaalt, dat een ieder er recht op heeft, dat bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen zijn zaak in het openbaar wordt behandeld en dat het vonnis in het openbaar wordt gewezen, slechts betrekking heeft op *twistgedingen* over burgerlijke rechten en verplichtingen (cursief van mij,

dD); dat een door pp. die een huwelijk wensen aan te gaan, overeenkomstig art. 129 BW tot de Rb. gericht verzoek om een uitspraak over de genoegzaamheid of ongenoegzaamheid der overgelegde stukken en verklaringen, niet leidt tot een twistgeding als bovenbedoeld'.

Over de juistheid van deze beperking van de werking van dit gedeelte van art. 6 VvR tot twistgedingen valt te twisten. Wellicht is aansluiting gezocht bij de bewoording van art. 167 GW en art. 2 RO. Hymans van de Bergh vraagt zich in een noot onder dit arrest af, of het onderscheid tussen al dan niet contradictoire gedingen terecht gemaakt wordt, nu het begrip twistgeding in de tekst van art. 6 niet voorkomt.¹¹ Toch zal deze restrictieve interpretatie met betrekking tot 'het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen' geen gevolg hebben voor de werking van art. 6 VvR in het tuchtrechtelijk proces, zodat de waarborgen, genoemd in art. 6, daar van toepassing zouden kunnen zijn. Men kan een tuchtproces immers in elk geval als een twistgeding zien: de ene partij beschuldigt de andere van een normschending. Of deze normschending door die andere partij al dan niet wordt toegegeven is niet relevant; ook het strafproces tegen bekende verdachten houdt het karakter van een 'twistgeding'.

2.3.2.2 De zaak Ringeisen

Over de betekenis van de zinsnede 'vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen' liet het Europese Hof zich voor het eerst uit in de Ringeisen-zaak: het ging om de vraag of deze zinsnede alleen de relaties tussen privé-personen betreft, dan wel ook betrekking kan hebben op de relatie burger-overheid. Het hof kwam in deze zaak tot dit laatste standpunt, hetgeen voor het tuchtrecht van belang is. Voor de vaststelling van privaatrechtelijke rechten of verplichtingen is volgens het hof het resultaat van de procedure beslissend:

De Oostenrijker Ringeisen kocht van het echtpaar X onder meer twee stukken landbouwgrond in Annaberg. Het plan van Ringeisen was het land te bebouwen. Om het contract tussen Ringeisen en X geldend te maken, had Ringeisen voor zijn aankoop de goedkeuring nodig van de Bezirksgrundverkehrskommission, welke commissie de verlangde goedkeuring niet verleende, onder meer omdat Ringeisen de eigendom van het land ter speculatie had verworven. Van deze uitspraak ging Ringeisen in beroep bij de Landesgrundverkehrskommission. Het beroep werd evenwel afgewezen. Afgezien van nog een kleine complicatie in de procedure, beklaagde Ringeisen zich uiteindelijk bij het Verfassungsgerichtshof over de vermeende partijdigheid van de leden van de Landesgrundverkehrskommission. Het Verfassungsgerichtshof oordeelde, dat de Landesgrundverkehrskommission, zelfs al zouden verschillende leden daarvan partijdig geweest zijn, toch in de gegeven samenstelling mocht oordelen over de zaak.

11 Ook Hof 's-Gravenhage, 29 mei 1969, NJ 1970 — 242 gaat van deze restrictie uit.

Ringeisen bracht zijn zaak voor de Europese Commissie.¹² De standpunten van de commissie-leden bleken verdeeld: de meerderheid vond, dat art. 6 restrictief geïnterpreteerd moest worden en beperkt tot verhoudingen tussen privé-personen, zodat daaronder niet de wettelijke verhoudingen tussen burgers en overheid werden begrepen.¹³ De minderheid was van mening, dat de zinsnede 'civil rights and obligations' haar zelfstandig karakter zou verliezen, wanneer de betekenis daarvan gelijkgesteld zou worden met het begrip 'private law'. Bij zulk een interpretatie zou immers tegen de administratiefrechtelijke beslissingen geen Europese bescherming bestaan! Naar aanleiding hiervan oordeelde de minderheid, dat in de onderhavige zaak art. 6 van toepassing was en niet was voldaan aan de eis van een 'impartial tribunal'. Het Europese Hof te Straatsburg nam uiteindelijk in deze zaak een tussenstandpunt in: art. 6 was wel van toepassing, maar het hof kwam tot de conclusie dat het in concreto niet was geschonden. Met betrekking tot de toepasbaarheid van art. 6 merkte het hof onder meer op, dat het niet nodig is, dat — zoals de meerderheid van de commissie van mening was — beide partijen privé-personen zijn. Het gaat erom, of het resultaat van de procedure beslissend is voor de vaststelling van privaatrechtelijke rechten en verplichtingen:

The wording of Article 6 paragraph (1), is far wider; the French expression 'contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil' covers all proceedings *the results of which is decisive for private rights and obligations*. The English text, 'determination of ... civil rights and obligations', confirms this interpretation.¹⁴

In het geval Ringeisen werd deze opvatting getoetst aan de verhouding tussen Ringeisen en het echtpaar X en werd vervolgens geconcludeerd, dat in het proces indirect werd beslist over privaatrechtelijke verhoudingen, waardoor de bepalingen van art. 6 lid 1 wel degelijk golden. Op grond van bovenstaande is de conclusie, dat slechts wanneer een — in dit geval administratiefrechtelijke — beslissing (hoe dan ook door de nationale wetgever benoemd) geen invloed heeft op enige in de wet geregelde privaatrechtelijke verhouding van privé-personen ten opzichte van elkaar of de overheid, art. 6 van het verdrag niet van toepassing is.¹⁵

12 Appl. 2614/65, *Yearbook* 1968, The Hague — La Haye 1970, p. 268 e.v.; voor de verdere analyse is gebruik gemaakt van F.G. Jacobs, *The european convention on human rights*, Oxford 1975, pp. 79-83. Zie hierover ook: G.J. Wiarda, De betekenis van art. 6, lid 1 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens voor de Nederlandse administratieve rechtsgangen, In: *Non sine causa* (Scholten-bundel) Zwolle, 1979, pp. 463 en 464.

13 Jacobs, a.w., p. 79/80.

14 Paragraaf 94 van het arrest. Zie hierover ook: E.A. Alkema, Aanpassing van Kroonberoep en requestprocedures aan de Europese norm voor een eerlijk proces, *NJB* 1980, pp. 193-198.

15 Jacobs, a.w., p. 83.

2.3.2.3 De zaak Dona/Schul en Engel e.a.

Een volgende vraag is, of 'grondrechten' onder de zinsnede 'determination of civil rights and obligations' kunnen vallen. Er kan in het tuchtrecht immers licht een beroep op grondrechten worden verwacht. Kan men het tuchtrecht, door een beroep te doen op een grondrecht, onder de bepalingen van art. 6 brengen? Dit was één van de twistpunten in de zaken Dona/Schul en Engel. Met de zaak Dona/Schul werd het Hoog Militair Gerechtshof in 1971 geconfronteerd.¹⁶

De beklaagden Dona en Schul waren door hun commandant veroordeeld tot plaatsing in de tuchtklasse voor de duur van vier maanden wegens het feit, dat zij als lid van het Afdelingsbestuur van de Vereniging van Dienstplichtige Militairen een bijdrage hadden geschreven voor en vervolgens hadden deelgenomen aan het redigeren van een gestencilde publikatie, welke uitging van dat bestuur en – naar zij wisten – bestemd was om te worden verspreid onder dienstplichtige militairen, en welke bijdrage was opgenomen in die publikatie, die een algemene de krijgstucht ondermijnende tendens gehad zou hebben.

Het beroep op art. 6 hield onder meer in, dat de klagers van mening waren, dat ook het grondrecht 'vrijheid van meningsuiting' viel onder een 'civil right' in de zin van het eerste lid van dat artikel.

Het Hoog Militair Gerechtshof nu deed dit beroep af door te stellen:

dat echter het Hof van oordeel is, dat een toetsing aan de krijgstucht van klagers gedraging met betrekking tot het schrijven van een bijdrage voor en het redigeren van een voor verspreiding onder dienstplichtige militairen bestemde publicatie, overeenkomstig de in de Wet op de Krijgstucht gestelde regels door de in die wet genoemde strafoplegger en beklagmeerdere, niet oplevert een vaststelling van diens burgerlijke rechten – ... – als waarop het eerste lid van art. 6 van het Verdrag ziet.

Het Hoog Militair Gerechtshof heeft op deze wijze derhalve geen uitspraak gedaan over de kwestie of de grondrechten onder de term 'civil rights' van art. 6 kunnen vallen. Het volstond immers met de stelling, dat het gedrag van klager mogelijk een overtreding van de Wet op de Krijgstucht opleverde en dat een procedure, waarbij wordt gezien of deze overtreding inderdaad heeft plaatsgevonden, niet een 'vaststelling van burgerlijke rechten' was. Annotator P.J. Boukema acht twijfel over de juistheid van de uitspraak van het hof gerechtvaardigd. Met onder meer een beroep op de reeds genoemde Ringeisen-zaak noemt hij het aannemelijk, dat onder burgerlijke rechten in de zin van art. 6 ook grondrechten kunnen worden

¹⁶ Beschikking Hoog Militair Gerechtshof van 17 november 1971, AA, 1972, pp. 472-481 m.n. P.J. Boukema.

begrepen. Over de mogelijke reikwijdte van de zinsnede 'civil rights and obligations' heeft ook Menno T. Kamminga zich gebogen.¹⁷ Tegen de oplossing, dat de term 'civil rights' wordt geïnterpreteerd volgens de Amerikaanse uitleg daarvan — als synoniem van 'grondrechten' — pleit volgens hem, dat dan het hele privaatrecht aan de term 'civil rights' onttrokken zou worden. Als andere mogelijke betekenis noemt Kamminga een interpretatie, die beperkt blijft tot ons privaatrecht. Hij verwijst dan naar het hierboven genoemde meerderheidsstandpunt van de Europese Commissie in de zaak Ringeisen.¹⁸ 'Gelukkig', zo stelt hij, 'heeft het Europese Hof er tot nu toe blijk van gegeven weinig te voelen voor een dergelijke historische interpretatiemethode'. Hij citeert de volgende passage uit het arrest van het Europese Hof in de zaak Wemhoff:¹⁹

it is (...) necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to realise the aim and the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties.

Vervolgens komt ook Kamminga tot het oordeel, dat het Hoog Militair Gerechtshof de onderhavige term niet overeenkomstig de geldende jurisprudentie heeft uitgelegd.²⁰

Dona en Schul legden de zaak voor aan de Europese Commissie, die — op haar beurt — (wat overigens ook de Nederlandse regering deed) de kwestie voor een nadere beoordeling voorlegde aan het Europese Gerechtshof. Het Europese Hof sprak zich echter in zijn arrest²¹ in het geheel niet uit over de vraag of het onderhavige art. 6 op grond van de zinsnede 'civil rights and obligations' van toepassing is op de casus. Dit was, volgens het hof, 'superfluous', aangezien het reeds eerder had vastgesteld, dat art. 6 van toepassing was op grond van de andere mogelijkheid, de hierna te bespreken term 'criminal charge'.

De zaken Dona en Schul had het Europese Hof gevoegd behandeld met de zaak Engel e.a., waarin eveneens een beroep werd gedaan op de toepasselijkheid van art. 6:

Engel had geen toestemming gekregen van zijn compagniecommandant om een vergadering van de VVDM bij te wonen, waar hij kandidaat was voor het ambt van vice-voorzitter van de vereniging. Omdat hij toch gegaan was (hij werd inderdaad gekozen) kreeg hij een straf van vier dagen licht arrest opgelegd. Klager stoorde zich niet aan deze straf, waardoor hij drie dagen verzuwaard en later zelfs drie

17 Kamminga, t.a.p., p. 1197.

18 Zie noot 12.

19 Europese Hof voor de Rechten van de Mens, 27 juni 1968.

20 Kamminga, t.a.p., p. 1198.

21 Europese Hof voor de Rechten van de Mens, 8 juni 1976, NJ 1978 — 223, par. 87.

dagen zwaar arrest kreeg opgelegd. De beklagmeerdere bracht de vier dagen licht terug tot een berisping en de drie dagen verzwaaard tot drie dagen licht. Ook de drie dagen zwaar arrest werden teruggedraaid en wel tot twee dagen zwaar. Het Hoog Militair Gerechtshof had deze uitspraak bevestigd.

Engel stelde, dat in zijn zaak geen acht is geslagen op het grondrecht van vrijheid van vereniging en vergadering. Het Europese Hof koos dezelfde weg als het HMG ten onzent in de zaken *Dona* en *Schul* was ingeslagen: Engel is eenvoudig veroordeeld wegens afwezigheid en het zich onttrekken aan straffen, en niet wegens het deelnemen aan een vergadering. Het hof ging dan ook niet nader op het verweer in.

De Europese jurisprudentie geeft derhalve weinig aanknopingspunten voor de stelling, dat een beroep op grondrechten er een is ter 'determination of civil rights and obligations'. Hierdoor is de weg voor het tuchtrecht naar het Europese Hof, via een beroep op schending van een grondrecht, niet zonder meer geopend. De wezenlijke vraag blijft of het tuchtrecht zelf kan vallen onder de zinsnede 'civil rights'.

2.3.2.4 De zaak König

Het Europese Hof kreeg in 1978 in de zaak *König* de gelegenheid zich expliciet uit te spreken over de vraag of door een tuchtrechtelijke maatregel 'civil rights and obligations' worden bepaald.²²

Dr. A. König, van huis uit een neus-, keel- en oorarts, was de eigenaar van een kliniek te Bad Homburg. Hij bedreef daar hoofdzakelijk plastische chirurgie. Er werden allerlei beschuldigingen tegen hem ingebracht: hij zou aan derden geld bieden, als zij hem klanten zouden bezorgen; hij zou onjuiste rekeningen afgeven; maar vooral zou zijn kliniek op onjuiste wijze beheerd worden en zouden zijn instrumenten niet voldoen aan de eisen.

In 1967 werd de vergunning voor de exploitatie van de (particuliere) kliniek van König ingetrokken en in 1971 werd zijn 'Approbationsurkunde' ingetrokken. Deze intrekkingen volgden op een tuchtrechtelijke beslissing, dat hij 'onwaardig was het artsenberoep verder uit te oefenen'. König ging van deze beslissingen in appel bij het 'Verwaltungsgericht'. Op 3 juli 1973 legde König zijn zaak voor aan de Europese Commissie: hij klaagde er in het bijzonder over, dat het Verwaltungsgericht in Frankfurt toen nog niet beslist had over zijn appel tegen de beslissing om zijn vergunning voor de exploitatie van zijn kliniek in te trekken, welk appel hij reeds zes jaar eerder, namelijk op 9 november 1967 had ingesteld. Uiteindelijk — blijkt uit het arrest — is eerst op 22 juni 1977 op deze zaak beslist,

²² Arrest van 28 juni 1978, NJ 1980 — 54. Zie ook G.J. Wiarda, t.a.p., pp. 464-467.

derhalve had de procedure bijna 10 jaar geduurd. Ook over het reeds ruim twee jaar wachten op het uiteindelijke oordeel van het Verwaltungsgericht in Darmstadt, alwaar zijn beroep tegen de intrekking van zijn Approbationsurkunde werd behandeld, werd door König bij de Europese Commissie geklaagd.

Voordat de commissie kon vaststellen, of er in casu een schending was van art. 6 van het Verdrag van Rome, in dier voege, dat hier niet meer gesproken zou kunnen worden van een 'reasonable time', diende de vóórvraag te worden behandeld, of art. 6 wel op deze zaak van toepassing kon zijn. De meerderheid van de commissie bleek van mening te zijn, dat dit inderdaad het geval was, aangezien hier sprake zou zijn van 'civil rights':

The majority of the Commission is of the opinion that Article 6 § 1 is applicable to the rights claimed by the applicant before the Frankfurt Administrative Court, namely the right to run his clinic and the right to exercise his profession of medical practioner; it considers these rights to be 'civil'.²³

Het Europese Hof, dat voltallig over deze zaak oordeelde, wees in zijn overwegingen nog op de hierboven gememoreerde arresten in de zaken Ringeisen en Engel e.a. Met name werd nog eens vastgesteld 'that the concept of "civil rights and obligations" is autonomous' en dat 'it is not necessary that both parties to the proceedings should be private persons'.²⁴ Vervolgens stelde het hof, geheel in de lijn van de vorige beslissingen: 'All that is relevant under Article 6 § 1 of the Convention is the fact that the object of the cases in question is the determination of rights of a private nature'. In zijn beslissingen kwam het hof aan deze laatste vraag zelfs niet toe:

Since it thus considers the rights affected by the withdrawal decisions and forming the object of the cases before the administrative courts to be private rights, the Court concludes that Article 6 § 1 is applicable without it being necessary in the present case to decide whether the concept of 'civil rights and obligations' within the meaning of that provision extends beyond those rights which have a private nature.²⁵

Er was in casu derhalve sprake van een privaatrechtelijk recht, een 'civil right'. Het stapje via de algemenere formule (de zaak Ringeisen), dat het erom gaat, of het resultaat van de procedure beslissend is voor de vaststelling van privaatrechtelijke rechten en verplichtingen, werd niet nodig ge-

23 Beslissing van 27 mei 1975, *Decisions and Reports*, Strasbourg, 1976, p. 77 e.v.; zie par. 86 (p. 23) van het arrest.

24 Paragraaf 88 resp. 90 (blz. 24) van het arrest.

25 Paragraaf 94 resp. 95 (blz. 26) van het arrest.

acht. Ook werd door het Hof niet aan het criterium 'criminal charge' getoetst, aangezien dat voor de onderhavige zaak niet meer van belang was.

Er werd immers geklaagd over de overschrijding van een redelijke termijn (lid 1). Dit geldt zowel voor 'the determination of his rights and obligations' als voor 'criminal charge'. Nu al beslist was, dat de onderhavige rights 'civil' waren, hoeft over de 'criminal charge' geen beslissing meer te vallen. Overigens achtte het Hof art. 6 inderdaad ook geschonden wegens overschrijding van het begrip 'redelijke termijn'.

Voor de volledigheid kan hier nog worden gewezen op de beslissing van de Europese Commissie van 14 december 1979 in de zaken *Le Compte, Van Leuven en De Meijere* tegen België, waarin bovengemelde uitspraak van het Europese Hof in de *König*-zaak integraal werd overgenomen.

2.3.2.5 Samenvatting en conclusie

Een beroep op één van de rechten van art. 6 lid 1 van het Verdrag van Rome kan eerst ontvankelijk zijn, onder meer wanneer wordt voldaan aan de voorwaarde dat er in casu sprake is van een 'determination of civil rights and obligations'.

Voldoet het tuchtrecht aan deze voorwaarde? De complicatie, dat wel wordt gesteld, dat deze zinsnede restrictief dient te worden geïnterpreteerd en wel zodanig, dat het te toetsen geding een *twist*geding dient te betreffen, is voor het tuchtrecht niet prohibitief, omdat de tuchtrechtgedingen in elk geval als twistgedingen kunnen worden beschouwd.

Uit de *Ringeisen*-zaak blijkt, dat het niet nodig is, dat partijen, tussen wie de burgerlijke rechten of verplichtingen moeten worden vastgesteld, beide privé-personen zijn. Ook als een partij een overheid is, kan het zijn, dat een in het artikel bedoelde vaststelling plaatsvindt. Zodoende is hier de mate van betrokkenheid van de overheid bij het tuchtrecht geen criterium. Bovendien werd in de *Ringeisen*-zaak gesteld, dat de toepasselijkheid van art. 6 afhangt van de vraag (en nu volgt een nadere precisering van wat onder 'determination of civil rights and obligations' verstaan dient te worden), of in casu uiteindelijk over privaatrechtelijke rechten en verplichtingen wordt beslist (all proceedings the result of which is decisive for private rights and obligations).

Uit de zaken *Dona/Schul* en *Engel* e.a. wordt duidelijk, dat de Europese jurisprudentie er niet toe neigt dit zonder meer aan te nemen, wanneer een verdachte of beklaagde zich in een procedure beroept op een grondrecht. In de *König*-zaak wordt door het hof gesteld, dat men aan de vraag of er

sprake is van een procedure, waarvan het resultaat beslissend is voor de vaststelling van privaatrechtelijke rechten en verplichtingen, niet toe hoeft te komen, omdat het in casu gaat (uiteindelijk, namelijk op het moment, dat het hof zich over de zaak moest uitspreken) over het recht om de geneeskunde uit te oefenen en het recht om een kliniek te exploiteren, welke rechten in elk geval al 'civil' op zichzelf zijn. Uit deze König-zaak kunnen we een algemene lijn distilleren: namelijk daar waar in een bepaald tuchtrecht als sanktie voor kortere of langere tijd een ontzegging van de bevoegdheid een bepaald beroep uit te oefenen wordt opgelegd, dient de procedure hiertoe te voldoen aan de bepalingen van het eerste lid van art. 6. Men zou hierbij kunnen denken aan ons wettelijk tuchtrecht voor de vrije beroepen, maar bijvoorbeeld ook aan het tuchtrecht van de betaalde sporten, waar eveneens sprake kan zijn van een ontzegging van de bevoegdheid een bepaald beroep uit te oefenen. Ook zou men hier kunnen denken aan het tuchtrecht voor de ambtenaren, en misschien zelfs aan het academische tuchtrecht!

Als er in de König-zaak reeds sprake was van een 'civil right', is dan de nadere aanduiding van de Ringeisen-zaak nog wel van belang? Dit kan inderdaad uitermate van belang zijn, wanneer bijvoorbeeld iemand wil klagen over het feit, dat de tuchtprocedure niet binnen een 'reasonable time' is afgehandeld en er derhalve nog geen concrete straf is opgelegd. Dan zal de Europese rechter voor de ontvankelijkheid van de klacht eerst moeten nagaan, of er in dat geval sprake is van een zaak, waarvan het resultaat is dat over privaatrechtelijke verhoudingen of verplichtingen wordt beslist. Met andere woorden: staat er een schorsing of een definitieve ontzegging van de bevoegdheid het beroep uit te oefenen op het spel of niet? Vanzelfsprekend hebben de Europese Commissie en het Europese Hof het gemakkelijk, wanneer er al een tuchtstraf is uitgesproken door de tuchtrechter op het moment, dat hun oordeel over de zaak wordt gevraagd. Dan kan onmiddellijk positief worden vastgesteld (zoals in de König-zaak) of er in casu sprake is van een civil right. Maar men kan ook te maken krijgen met zaken, waarin nog geen straf is opgelegd. In welke gevallen het hof dan via de Ringeisen-formule tot een toepasbaarheid van art. 6 zal komen is niet duidelijk. Zal het hof dan volstaan met te kijken naar de zwaarst mogelijke straf, die in het tuchtrecht kan worden opgelegd, of zal het ook de zwaarte van het litigieuze handelen in zijn beschouwingen betrekken? Bijvoorbeeld als een tandarts voor het eerst één rekening te hoog heeft uitgeschreven, dan zal hij voor die ene maal niet worden geschorst of worden ontzet uit zijn bevoegdheid. Maar theoretisch is dat wel mogelijk. Kan men nu zeggen, dat een dergelijke ontzetting uit het beroep 'op het spel staat'? Is dit een 'proceeding the result of which is decisive for private rights and obligations'? Men zou wellicht geneigd zijn

een dergelijke conclusie wat overdreven te vinden, maar het lijkt ook niet bevredigend om de toepassing van art. 6 VvR te koppelen aan de aard van de uiteindelijke beslissing. Tijdens de procedure staat de beslissing niet vast. Wordt uiteindelijk besloten tot een schorsing of ontzetting, had dan het proces wel aan de voorwaarden van art. 6 VvR voldaan moeten zijn en in de andere gevallen niet? Het lijkt redelijker de wijze van procesvoering te beschouwen onafhankelijk van de uiteindelijke beslissing of men zou in het materiële tuchtrecht moeten gaan onderscheiden naar de ernst van het tuchtrechtelijk vergrijp, waaraan gekoppeld wordt de hoogte van de mogelijke straf en daaraan weer de voorschriften voor de te volgen procedure.

De jurisprudentie geeft nog geen antwoord op deze vragen. Wel zou men reeds conclusies kunnen trekken voor het contractuele tuchtrecht, dus daar waar het tuchtrecht geacht wordt te kunnen oordelen over het nakomen van de aangegane verbintenis en waar het groepslid als maximum-straf een uitstoting uit de groep boven het hoofd hangt. Te denken ware weer aan een hobbyvereniging. De jurisprudentie geeft geen handvat te veronderstellen, dat het Europese Hof zou menen, dat hier sprake moet zijn van het naleven van de 'artikel 6-garanties'.

Toch moet men ook voorzichtig zijn met het trekken van conclusies: zodra toch de feitelijke consequentie van de mogelijke straf ingrijpt in het dagelijkse leven van de betrokkene (het wordt iemand bijvoorbeeld door een tuchtstraf feitelijk onmogelijk gemaakt gedurende (on)bepaalde tijd zijn hobby, bijvoorbeeld het voetbalspel, uit te oefenen) dan is men toch eigenlijk niet zo ver verwijderd van de stelling, dat het hier gaat om 'civil rights! Waardoor de werking van het Verdrag van Rome zich in principe ook hier toe zou dienen uit te strekken.

Hierboven is gesteld, dat het hof in die gevallen, waarin een straf is opgelegd, gemakkelijk kan vaststellen, of er sprake is van een 'civil right'. Dit is het geval bij een schorsing of ontzetting uit een beroepsbevoegdheid. Of het hof tot een dergelijk oordeel zal komen bij andere straffen, zoals bijvoorbeeld een geldboete, is nog geheel duister. In elk geval lijkt een berisping, waarschuwing en dergelijke niet een 'civil right' aan te tasten.

2.3.3 Valt het tuchtrecht te begrijpen onder 'criminal charge'?

2.3.3.1 Inleiding

Hierna zal nader worden ingegaan op de vraag of (delen van) het tuchtrecht wellicht valt (vallen) onder de zinsnede 'criminal charge' en of uit dien hoofde bepalingen uit art. 6 van het hier besproken verdrag in beginsel van toepassing zijn. Dit te onderzoeken is niet overbodig. Immers niet

alleen in art. 6 lid 1 is sprake van 'criminal charge'. Ware dit wel zo geweest, dan zou men kunnen stellen, dat, nu de term 'civil rights and obligations' een (groot) deel van het tuchtrecht omvat, het geen praktische betekenis meer heeft zich nader over het begrip 'criminal charge' te buigen. Maar in de leden 2 en 3 van art. 6 en in art. 7 wordt gesproken over 'criminal offence', wat een vergelijkbare problematiek oproept als 'criminal charge', zodat nader onderzoek toch van belang is. Van Agt merkte in 1971 in zijn pre-advies voor de N.J.V. op: 'het speuren naar in wezen strafrechtelijke regelingen die onder pseudoniemen schuil gaan heeft meer dan academische waarde. De fundamentele beginselen die het straf- en strafprocesrecht beheersen behoren immers in die regelingen geëerbiedigd te worden'.²⁶ Hieronder dienen de beginselen van het Verdrag van Rome te worden begrepen.

2.3.3.2 Ontwikkelingen in de jurisprudentie

In de tijd, waarin het preadvies van Van Agt verscheen, heeft de Europese Commissie vrij fors afgerekend met de gedachte, dat het tuchtrecht zou kunnen vallen onder de term 'criminal charge'. Enige voorbeelden: ²⁷ een uitspraak van de commissie van 14 december 1970 handelt over een Duitse gevangene, die zijn cel had vernield. Deze handelwijze leverde hem zeven dagen 'arrest' op; zijn beroep op zijn emoties werd door de commissie verworpen op grond van het feit, dat hij zijn privé-eigendommen ongemoeid had gelaten. De vernielder beriep zich op schending van art. 6 lid 1 van het Verdrag van Rome. Natuurlijk werd eerst de vraag naar de ontvanke-lijkheid, dus de vraag of dit artikel op de situatie van de Duitse gevangene betrekking kon hebben, behandeld. De commissie deed de zaak als volgt af:

whereas the right to a fair hearing as guaranteed by Art. 6(1) of the Convention does not apply to disciplinary proceedings as such proceedings are not concerned with the determination of criminal charges.²⁸

Op 5 februari 1971 deed de Commissie een tweetal soortgelijke uitspraken: een Belgische architect, die door een wettelijk tuchtcollege werd bestraft, klaagde over schending van art. 6 van het Verdrag van Rome:

que bien que le système de surveillance de la profession d'architecte soit assorti de certaines sanctions disciplinaires, y compris l'interdiction d'exercer la profession

²⁶ Van Agt, a.w., p. 62.

²⁷ Oudere — soortgelijke — beslissingen: Appl. 734/60 *Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights*, 6, Strasbourg 1961, pp. 29-33. Appl. 2793/66 *Coll.*, 23, Strasbourg 1967, pp. 125-128. Appl. 4121/69 *Coll.*, 33, Strasbourg 1970, pp. 23-26.

²⁸ Appl. 4300/69 *Coll.*, 37, Strasbourg 1971, pp. 78-81.

d'architecte en Belgique, la poursuite disciplinaire dont se plaint le requérant ne peut pas être considérée comme faisant partie du droit pénal (...).²⁹

Een Luxemburgse medica moest het die dag doen met een kortere overweging:

(...) il ne fait pas de doute que la requérante a fait l'objet d'une procédure disciplinaire et qu'elle ne peut pas être considérée comme personne accusée au sens des paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 6. Qu'à ce propos, la Commission se réfère à sa jurisprudence constante.³⁰

Tot slot het lot van een klagende Duitse advocaat, dat hem trof op 23 september 1971:

Art. 6(1) is therefore not applicable to the proceedings instituted against the applicant before the disciplinary authorities.³¹

Geheel volgens de lijn van deze Europese Commissie-jurisprudentie, verwierp het Hoog Militair Gerechtshof op 17 november 1971 het verweer van Dona en Schul, dat, waar het huidige tuchtrecht in wezen strafrecht is, moet worden voldaan aan de door het verdrag aan het strafproces gestelde voorwaarden:

dat evenwel art. 6, (...) blijkens de te dien aanzien in de authentieke teksten gebezigde terminologie (...) kennelijk bedoelt de daarin vervatte voorzieningen geen toepassing te doen vinden in gevallen, waarin iemand tuchtrechtelijk ter verantwoording wordt geroepen terzake van een niet in enige strafwet omschreven feit of terzake van een strafbaar feit, dat van zo lichte aard is dat het buiten strafrechtelijke behandeling wordt gelaten (...).³²

In zijn noot onder deze beschikking waarschuwt Boukema,³³ dat een verdiscontering van het (meestal) onvrijwillig karakter van de militaire dienst voor een verrassing kan zorgen bij een eventuele nadere toetsing aan art. 6 van het Verdrag van Rome. Waarschijnlijk heeft Boukema bij deze opmerking geen rekening kunnen houden met de hierboven geciteerde uitspraak van de Europese Commissie betreffende de cel-vernielende Duitse gevangene; het Hoog Militair Gerechtshof had op grond van de ter beschikking staande jurisprudentie nauwelijks tot een andere oplossing kunnen komen.

29 Appl. 4040/69 Coll., 37, Strasbourg 1971, pp. 25-28.

30 Appl. 4519/70 Coll., 37, Strasbourg 1971, pp. 134-136.

31 Appl. 4561/70 Coll., 39, Strasbourg 1972, pp. 58-62.

32 Zie noot 16.

33 Boukema, AA, 1972, p. 479.

Kamminga³⁴ spoort de commissie aan om in deze vaste jurisprudentie overstap te gaan: hij stelt voor het militair tuchtrecht te beschouwen als een speciale categorie van tuchtrecht, waarbij de argumenten gezocht zouden moeten worden in de materiële sfeer namelijk in de maximale duur van de vrijheidsberoving, die een commandant kan opleggen. De Europese Commissie nuanceerde haar standpunt inderdaad in de zaken *Dona en Schul*,³⁵ door te beslissen, dat de term 'criminal charge' autonoom is: dat wil zeggen, de nationale wetgever is niet bij uitsluiting bevoegd te bepalen, wat hieronder wel of niet valt. Het Europese Hof haakt hierop in. Het stelt, dat een nationale wetgever geheel vrij is om sommige handelingen onder het bereik van het strafrecht te brengen, waardoor de bepalingen van het Verdrag van Rome nageleefd dienen te worden: maar 'one way only':

The converse choice, for its part, is subject to stricter rules. If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a 'mixed' offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention. The Court therefore has jurisdiction, under Article 6 and even without reference to Articles 17 and 18, to satisfy itself that the disciplinary does not improperly encroach upon the criminal.³⁶

Het is derhalve toelaatbaar zelf te bepalen wat onder het strafrecht (en daarmee wat onder de strafrechtelijke bescherming van verdachten) valt. Het staat een wetgever echter niet vrij om onaantastbaar regelingen van strafrechtelijke aard onder een tuchtrecht te brengen (en zodoende wellicht te onttrekken aan de bescherming van — mede — het Verdrag van Rome). Het Europese Hof behoudt zich derhalve het recht voor, te toetsen of het in zulk een geval in wezen, toch, met een 'criminal charge' te doen heeft, ook al spreekt de betreffende Staat van 'tuchtrecht'.

De criteria, waaraan het hof dit wil toetsen, zijn de volgende:³⁷

- a. Zijn de mogelijke reacties op het gedrag in de betreffende staat van strafrechtelijke aard, tuchtrechtelijke aard of van beide?
- b. Wat is de aard van de beschuldiging?
- c. Wat is de ernst van de mogelijk op te leggen straf?

34 Kamminga t.a.p., p. 1199.

35 Zie ook E.A. Alkema, *Gelden grondrechten ook voor militairen?* *NJB* 1975, pp. 1429-1438, i.h.b. pp. 1433-1434.

36 Paragraaf 81 (blz. 28) van het arrest.

37 Paragraaf 82 (blz. 28) van het arrest.

Aldus toetsende stelt het Europese Hof vast, dat de onderhavige gedragingen in Nederland zowel tuchtrechtelijk als strafrechtelijk afgedaan hadden kunnen worden. Voorts stelt het vast, dat de maximumstraf, waartoe de Wit, Dona en Schul veroordeeld hadden kunnen worden, drie of vier maanden plaatsing in een tuchtklasse was. Vervolgens beslist het hof, dat hier sprake is van een 'criminal charge', omdat door de daadwerkelijk opgelegde straffen het proces inderdaad in de 'criminal sphere' was gekomen. Op grond van deze criteria werden de beschuldigingen in de zaken Van der Wiel en Engel niet als 'criminal charges' beschouwd.

Nu echter bij Wet van 12 september 1974 Stb. 537 de zwaardere straffen uit het militair tuchtrecht — onder meer de plaatsing in de tucht-klasse — zijn verwijderd, zal dit antwoord op de vraag of het Nederlands militair tuchtrecht langs de weg van de 'criminal charge' bescherming van art. 6 VvR kan genieten, thans niet langer zonder meer opgaan.³⁸

2.3.3.3 De zaak Kiss

Het Europese Hof heeft zich na de König-zaak niet meer over een tuchtrechtzaak behoeven uit te laten. De Europese Commissie echter deed inmiddels wel een tuchtrechtelijke uitspraak, waarbij zij gebruik maakte van de hierboven beschreven criteria van het hof, en wel in de zaak Lazlo Kiss tegen Engeland.³⁹

Kiss, een Hongaar, zat gevangen in een Engelse gevangenis. Volgens de lezing van Kiss werd hij daar door een bewaker geslagen en diende hij derhalve een aanklacht in. Hij werd echter beschuldigd van het indienen van een valse en boosaardige aanklacht tegen een bewaarder. Hieraan werd Kiss schuldig bevonden en op 15 maart 1973 werd hij gestraft met — onder meer — '80 days loss of remission'. De klacht, die Kiss had ingediend tegen de bewaker, werd afgewezen.

Kiss klaagde als gevangene over een mishandeling door een bewaarder, over onvoldoende medische behandeling gedurende zijn detentie, over de behandeling van de tegen hem ingebrachte beschuldiging, dat hij een valse aanklacht ingediend zou hebben en over de weigering van het Ministerie 'to allow him to institute legal proceedings'.

De eerste twee klachten van Kiss werden vlot niet-ontvankelijk verklaard, maar de commissie ging uitgebreid in op de ontvankelijkheid van de klacht van Kiss, dat hij een 'unfaire' tuchtprocedure zou hebben gehad.⁴⁰ Daartoe werd getoetst of er hier sprake was van een 'criminal

38 Zie hierover ook J.E. Blankhart, *Beklagmeerdere bedankt!?*, Arnhem 1979, pp. 23-27.

39 Appl. 6224/73 Yb., 1977, The Hague/La Haye — Boston — London, 1978, p. 156 e.v.

40 Ibidem, p. 172 e.v.

charge'. De commissie deed dit, zoals gezegd, aan de hand van de drie door het Europese Hof ontwikkelde criteria.

Toetsend aan het eerste criterium, stelde de commissie, dat het haar niet duidelijk was geworden, of de gedraging van Kiss ook een strafbaar feit kon opleveren. Het zoeken naar 'the true nature of this charge' leidde tot de vaststelling, dat het indienen van een valse, boosaardige klacht een ernstige zaak was. Bij het derde criterium, kwam de commissie tenslotte tot de mening, dat een gevangene, anders dan een militair, gedurende zijn detentie van zijn gehele vrijheid is beroofd en dat elke vermindering van straf een louter privilege is:

However, the Commission finds that loss of remission does not constitute deprivation of liberty. A prisoner, unlike a person doing military service, is deprived of his liberty for the whole of his sentence, any remission of that sentence for good behaviour is a mere privilege and loss of that privilege does not alter the original basis for detention.⁴¹

De commissie verklaarde klager op dit punt dan ook niet-ontvankelijk.⁴²

Wel werd art. 6 van toepassing verklaard op grond van het feit, dat klager was belemmerd civielrechtelijke stappen te ondernemen tegen de bewaker wegens de vermeende mishandeling. Voor mogelijke strafrechtelijke stappen, was, volgens de commissie, krachtens constante jurisprudentie, binnen art. 6 geen ruimte. Deze beslissingen vallen echter buiten dit bestek.

2.3.3.4 Samenvatting en conclusie

In paragraaf 2.3.2 werd onderzocht, of een tuchtrechtelijke bejegening van iemand kan worden beschouwd als een procedure ter 'determination of civil rights and obligations'. In dit onderdeel 2.3.3 is naar het antwoord gezocht op de vraag, of het tuchtrecht valt onder de term 'criminal charge', waardoor via deze tweede mogelijkheid de bepalingen van art. 6 van toepassing zijn.

Volgens de huidige jurisprudentie van het Europese Hof en de Europese Commissie lijkt dit echter niet gemakkelijk het geval te zijn. De casus dient aan de hierboven vermelde criteria in de Dona/Schul-zaak getoetst te worden.

⁴¹ Ibidem, p. 176; wat overigens de consequenties zijn van de daaropvolgende (hierna te citeren) dreigende zin van de commissie is niet duidelijk: 'Moreover, the Commission considers that the severity of the punishment alone does not bring the offence charged within the criminal sphere' (p. 176).

⁴² Waardoor het in elk geval nog iets te voorbarig lijkt het tuchtrecht voor gedetineerden ongeclausuleerd te toetsen aan de bepalingen van het verdrag. Overigens ben ik het met Kelk (a.w., p. 250 e.v.) eens, dat deze beginselen in zijn algemeenheid voor gedetineerden zouden moeten gelden.

In de zaak Kiss heeft de commissie terecht het accent gelegd op het derde criterium: de ernst van de mogelijk op te leggen straf. De eerste twee criteria kunnen veelal uit dit derde worden afgeleid.

Wat de Europese rechtspraak een ernstige straf wil noemen, is niet duidelijk te traceren. In de zaak Dona/Schul werd aangenomen, dat een feitelijke vrijheidsstraf van enkele maanden ernstig was. Maar in de zaak Kiss nam de Europese Commissie aan, dat een niet verlenen van een voorwaardelijke invrijheidstelling van een gedetineerde, ook al leverde dat in casu een (extra) vrijheidsbeneming op van tachtig dagen, niet een ernstige straf was, als bedoeld in het derde criterium, aangezien gedetineerden (Kiss was in Engeland gedetineerd) geen recht op voorwaardelijke invrijheidstelling hebben, en het hier slechts een wijze van tenuitvoerlegging van de straf betrof.

Van de vormen van tuchtrecht in Nederland komt in principe slechts het tuchtigingsrecht in aanmerking voor een toetsing aan het criterium 'criminal charge'. Het is de vraag, of de Europese rechter, nu de sanktiemogelijkheden in het militair tuchtrecht sterk zijn ingekrompen, de overgebleven sankties aldaar nog 'ernstig' genoeg vindt. De kans bestaat, dat straffen in het tucht(igings)recht voor gedetineerden wel in aanmerking komen. Maar ook hier zal de zwaarte van de straf het belangrijkste criterium zijn. Zo zou een straf van plaatsing voor bijvoorbeeld twee weken in een strafcel wellicht als 'zwaar' kunnen worden bestempeld, hoewel natuurlijk steeds de kans bestaat, dat deze sanktie slechts als een wijze van tenuitvoerlegging van een reeds opgelegde gevangenisstraf wordt beschouwd. Wanneer aan de gedetineerden feitelijk (veel) lichtere straffen worden opgelegd, dan is het niet waarschijnlijk, dat klachten hieromtrent ontvankelijk zullen worden verklaard.⁴³

Waar zich de grens tussen zware en niet-zware straf precies bevindt, is nog volledig onduidelijk. Dit brengt met zich mee, dat de term 'criminal charge' nog geen gemakkelijk hanteerbare kapstok is, waaraan klachten kunnen worden opgehangen.⁴⁴ Voorlopig kan — wanneer er een straf is opgelegd — de uitleg van de onder 2.3.2 besproken tweede term (determination of civil rights and obligations) voor de verschillende vormen van tuchtrecht een duidelijker houvast bieden.

43 Hier wordt uitdrukkelijk niet bedoeld op de kwestie van burgerlijke vrijheden voor gedetineerden in het algemeen. Zie daarover: M.C.B. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer 1971, p. 154/155; A.C. Geurts, *De rechtspositie van de gevangene*, Assen 1962, p. 89 en Kerk, a.w., p. 148/149.

44 Ook voor het in hoofdstuk 3 te behandelen artikel 7 is dit van belang.

2.4 Afwijken van het Verdrag van Rome

Van der Pot/Donner acht het heel wel mogelijk, dat de werking van de grondrechten beperkt wordt:

Meermalen zou het zelfs met de strekking van de grondrechten in strijd zijn om het particulieren onmogelijk te maken bij onderlinge afspraak gedeeltelijke of tijdelijke beperkingen op hun vrijheid te aanvaarden; dat ware een inbreuk op het menselijk recht, dat niet in de Grondwet doch met grote letters in het B.W. is vastgesteld, n.l. de contractsvrijheid.⁴⁵

Particulieren zouden derhalve bij contract afstand kunnen doen van één of meer grondrechten. Kan men nu ook stellen, dat men in het tuchtrecht geacht kan worden afstand gedaan te hebben van de waarborgen van art. 6 VvR door het blote feit van toetreding tot een groep met een eigen tuchtrecht?

Voor het gebied van het tuchtigingsrecht, waar het gaat om 'the determination of any criminal charge' dient de vraag, of de getroffene mag worden geacht afstand gedaan te hebben van zijn rechten van het Verdrag van Rome, ontkennend te worden beantwoord. In deze verhouding heeft de beklaagde immers juist alle bescherming nodig en kan van hem niet gezegd worden, dat hij bij de — onvrijwillige — intrede in de groep afstand heeft gedaan van zijn rechten.

Algemeen geldt, dat naarmate de vrijwilligheid bij intrede en verblijf in de groep geringer is, er in die mate een striktere bescherming van de belangen van het individu op zijn plaats is. Dit uitgangspunt geldt ook weer bij de beantwoording van de onderhavige vraag.

Daar, waar we niet kunnen spreken van vrijwillige aanwezigheid in een groep, die een bepaald doel voor ogen heeft, is het onaanvaardbaar, dat men de fictie hanteert, dat de leden afstand gedaan zouden hebben van deze zo fundamentele rechten. Bovendien is de wederpartij (de bestraffende partij) altijd een overheidsorgaan en richt het verdrag zich juist in de eerste plaats tot de overheid. Daarom dient de opvatting, dat bijvoorbeeld (dienstplichtige) militairen geacht moeten worden afstand gedaan te hebben van bepaalde grondrechten, die het tuchtproces kunnen betreffen, te worden afgewezen.

Tegenover het tuchtigingsrecht staat aan de andere kant van de schaal het 'contractuele' tuchtrecht. Geconcludeerd is reeds, dat de gelding van art. 6 zich niet hiertoe uitstrekte. Maar zelfs al zouden we bij volledig vrijwillige toetreding tot de groep de algemene werking van art. 6 lid 1 willen aan-

⁴⁵ C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door A.M. Donner, Zwolle 1977, p. 443.

nemen, dan nog lijkt hier wel ruimte voor de opvatting, dat men geacht wordt bij die toetreding afstand gedaan te hebben van een of meer waarborgen van art. 6. Bij de in het eerste hoofdstuk besproken (meestal stilzwijgende) toezegging bij de intrede: 'Ik verbind me tot de inspanning een goed lid te zijn; ik zal me onderwerpen aan de tuchtrechtspraak', past ook de nadere toezegging: 'Ik aanvaard de procedure, die in uw tuchtrecht gebruikelijk is'.

Het bovenstaande is te illustreren met een uitspraak van de Europese Commissie:⁴⁶ in een hier voor het overige niet ter zake doend arbeidscontract tussen een individueel persoon en de BRD was een zogenaamde arbitrage-clausule opgenomen. De klager wees in de procedure op het bepaalde in art. 6 lid 1 van het Verdrag van Rome: hij zou recht hebben op een 'fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law'. De commissie meende daarentegen, dat de tekst van het Verdrag van Rome zich niet verzet tegen het aanvaarden, in een overeenkomst, van beperkingen op de rechten van art. 6:

Whereas the inclusion of an arbitration clause in an agreement between individuals amounts legally to partial renunciation of the exercise of those rights defined by Article 6(1); whereas nothing in the text of that Article nor of any other Article of the Convention explicitly prohibits such renunciation; (...).⁴⁷

Hoewel de commissie dus in het algemeen akkoord was met deze beperking, voegde zij er toch de waarschuwing aan toe, dat de arbiter zich evenwel dient te gedragen overeenkomstig de geest van het VvR en speciaal van art. 6:

Whereas it may however be queried whether the original validity of that consent, from which the arbitration clause assumes its legal force, might not subsequently be affected if the arbitrator, in carrying out the functions conferred upon him by that clause, conducted himself in a manner incompatible with the spirit of the Convention and particularly of Article 6.⁴⁸

Van belang voor het 'beroepen'-tuchtrecht is de uitspraak van de Europese Commissie in de zaak Le Compte/Van Leuven/De Meijere, handelend over de Belgische medische tuchtwet. De commissie oordeelde⁴⁹ in meerderheid, dat er in casu een schending was geweest van art. 6. De geschorste artsen klaagden er volgens de commissie terecht over, dat zij geen 'public

46 Appl. 1197/61, Yb., 1962, The Hague/La Haye, 1963, p. 88 e.v.

47 Ibidem, pp. 94-96.

48 Ibidem, p. 96.

49 Blijkens persbericht C(80)46, dd. 25 nov. 1980, Strasbourg.

hearing' hadden en er geen sprake van was, dat het college voldeed aan de kwalificatie 'impartial tribunal'.

Men kan derhalve met het toverwoord 'vrijwilligheid' niet alle problemen oplossen. Zo blijkt het Europese Hof zelfs (strafrechtelijke) 'vrijwillige' transakties kritisch te bezien:⁵⁰ Dewen, slager van beroep, had bij wijze van minnelijke schikking een boete moeten betalen om de voorlopige sluiting van zijn zaak wegens overtreding van prijsbindende wetgeving te voorkomen. Onder deze omstandigheden werd door het hof geoordeeld, dat de slager onder dwang afstand had gedaan van een fair trial.

Wat het eerst opvalt in de jurisprudentie van Straatsburg, is dat de uitspraken nog zo jong zijn en de zaak op dit gebied *volop* in beweging is. Men dient derhalve *uiterst* voorzichtig te zijn met het trekken van conclusies.

Uit de zaak van de ambtenaar blijkt, dat afstand doen van sommige ('partial') onderdelen van art. 6 lid 1 mogelijk is. Daaruit kan men niet afleiden, dat ook de aan het 'beroepen'-tuchtrecht onderworpenen geacht kunnen worden afstand gedaan te hebben van onderdelen van art. 6 lid 1. Het gaat in elk geval te ver zich van het gehele verdrag te distantiëren. Het is immers evenmin toegestaan contracten niet te goeder trouw (art. 1374 lid 3 BW) uit te voeren. In het NBW is dit principe aldus geformuleerd, dat het overeengekomene buiten toepassing blijft, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artt. 6.1.1.2 en 6.5.3.1).

Wellicht kunnen 'uit de aard van de rechtsorde' algemene beperkingen op de grondrechten voortvloeien.⁵¹ Maar dan moeten die bepalingen in ieder geval kritisch worden beoordeeld. Het beginsel (fair trial) dient dan vanuit de aard van het betreffende tuchtrecht te worden beredeneerd, om zo fundamentele facetten van dit beginsel voor het tuchtrecht op te sporen.

Uit de laatste uitspraak van de commissie over de Belgische medici⁵² blijkt inderdaad, dat men in het 'beroepen'-tuchtrecht aan de eis moet voldoen om eventuele geschillen te laten berechten door een onafhankelijke (bij de wet ingestelde rechterlijke) instantie. Hetzelfde geldt voor een openbare behandeling van de zaak. Maar alles hangt af van de omstandigheden. Een uitspraak over een Belgisch systeem gaat over het aldaar heersende nationale tuchtrecht. In elke casus verschillen de relevante omstandigheden, zodat het niet wel mogelijk is de eisen van art. 6 stuk voor stuk de revue te laten passeren met daarbij de opmerking of al dan niet afstand gedaan kan worden van die eis. Wel kan in het algemeen worden gesteld,

⁵⁰ Dewen case, 27 februari 1980.

⁵¹ Vgl. Van der Pot/Donner, a.w., p. 445.

⁵² De zaak wordt nog door het hof behandeld.

dat het in elk geval in strijd is met het recht om afstand te doen van het achterliggende principe, dat iedere zaak *eerlijk* dient te worden bekeken, zodat een dergelijke verregaande inbreuk op art. 6 niet tot de mogelijkheden behoort. Of er nog van een 'eerlijk' proces kan worden gesproken, zal slechts in concreto kunnen worden gezien.⁵³

Het recht op een eerlijk proces wordt hier weliswaar besproken in relatie tot het Verdrag van Rome, doch in wezen is een eerlijke procesvoering een dergelijk algemeen rechtsbeginsel, dat op die grond alleen al elk tuchtrecht (ook wanneer het niet via Straatsburg kan worden afgedwongen) zich aan dat principe zal hebben te houden.

De Staat heeft 'de plicht om, als handhaver van het recht, tegen onderdrukking en machtsmisbruik te waken'.⁵⁴ Dat wil zeggen, dat het zeker wel de taak van de overheid is toe te zien op een juiste vorm van tuchtrechtspraak, in alle gradaties. Hierna meer over de rol van de staat in de tuchtrechtprocedures.

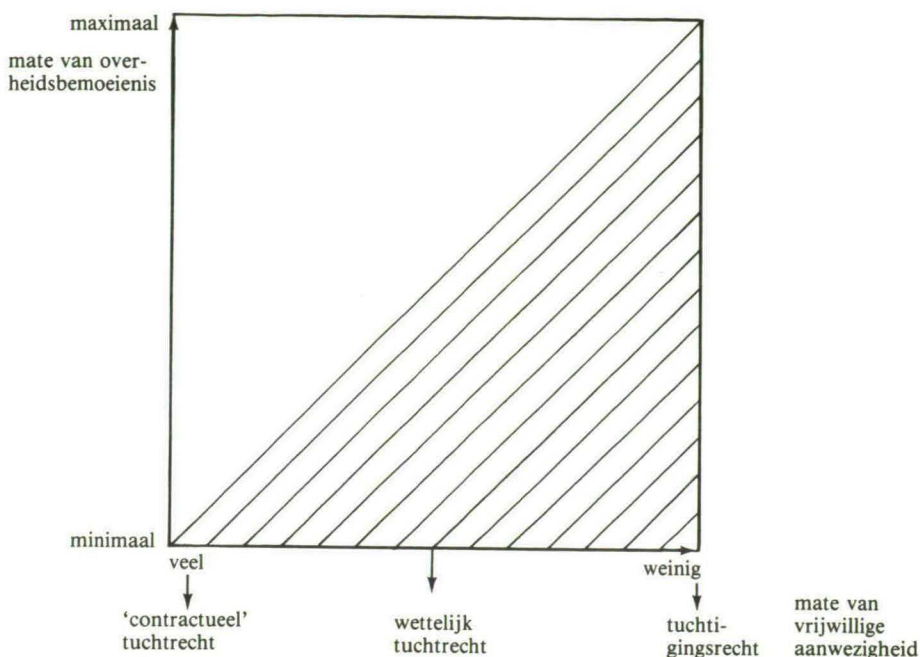
2.5 De derdenwerking

Tot dusver is ervan uitgegaan, dat het Verdrag van Rome inderdaad een rol kan spelen voor verschillende vormen van het tuchtrecht. In de jurisprudentie zijn in dit verband die gebieden van het tuchtrecht aan de orde geweest, waar de *overheid* op enigerlei wijze bij dat tuchtrecht is betrokken. Maar het is de vraag of het VvR ook enige werking heeft, wanneer van die betrokkenheid niet of nauwelijks kan worden gesproken. Kan het verdrag een rol spelen, waar het slechts handelt om tuchtrecht van particulareren? Het gaat hier om de vraag naar de horizontale of derdenwerking van het verdrag.

Kijken we in dit licht nog eens naar de in de inleiding van dit hoofdstuk geciteerde uitspraken van Veegens en Van Agt, dan kan in zijn algemeenheid worden gewezen op een in dit kader belangrijk verschil tussen het administratief recht en een (groot) deel van het tuchtrecht, namelijk dat de overheid bij het eerst genoemde recht een grote rol vervult, doch dat dit niet bij elke vorm van tuchtrecht het geval is: dit is namelijk veelal een zaak tussen enerzijds groeperingen, die privaatrechtelijk van aard zijn, en anderzijds individuen. De bemoeiingen van de overheid variëren van niets tot alles. Er is hier een parallel met het in hoofdstuk 1 ontwikkelde vrijwilligheidscriterium. Men zie bijgaand schema.

53 Van der Pot/Donner, a.w., p. 443. Wat bij de overheid discriminatie zou wezen, behoeft dat in ander verband nog niet te zijn. In andere verbanden gelden misschien wel dezelfde rechtsbeginselen, doch die behoeven dan een andere uitwerking.

54 Van der Pot/Donner, a.w., p. 443.



In het 'tuchtigingsrecht', waar niet van een vrijwillig verblijf kan worden gesproken, is de overheid uitermate actief (men denke aan het militair tuchtrecht en aan het tuchtrecht voor gedetineerden). Bij wettelijk tuchtrecht in de vertrouwensberoepen met een marginaal vrijwillig verblijf, zoals bijvoorbeeld bij medici, advocaten en notarissen, komen we dikwijls een actieve overheid tegen. Alleen daar waar de vrijwillige aanwezigheid onbetwist is, houdt de overheid zich geheel afzijdig. Al met al een zeer verschillende mate van activiteit van de overheid, wat zoals gezegd van belang is voor het vraagstuk van de derdenwerking van het Verdrag van Romé.

Het probleem is kort geformuleerd het volgende: heeft het Verdrag van Rome slechts betrekking op de verhouding tussen de overheid en zijn onderdanen, of heeft het ook (horizontale of derden)werking in de relatie burger-burger. Van der Pot/Donner⁵⁵ formuleert dit probleem als volgt: 'Gelden de grondrechten wel alleen in de betrekkingen tussen de mens en burger, individueel en groepsgewijs, enerzijds en de overheid anderzijds, of moeten zij in nog andere, zo niet in alle rechtsbetrekkingen gelden waarin de mens in de samenleving geraken kan?'

De bezwaren tegen een horizontale werking zijn, ⁵⁶ dat de fundamentele bepalingen oorspronkelijk niet geschreven zouden zijn voor private ver-

⁵⁵ Van der Pot/Donner, a.w., p. 442.

⁵⁶ E.A. Alkema, Preadvises De Europese conventie en het Nederlandse recht, *Mededelingen van*

houdingen en dat de conventie uitsluitend een procedurele garantie tegen schendingen door de staten zou bieden. Hiertegen kan worden opgeworpen, dat weliswaar sommige fundamentele bepalingen zich niet richten tot de burgers in hun onderlinge relatie, maar daar staat tegenover, dat andere regels wel degelijk op privaatrechtelijke verhoudingen kunnen worden toegepast.

Wanneer Boukema het derdenwerkings-vraagstuk bespreekt, wijst hij op de preambule van het verdrag, waar uitdrukkelijk het universele karakter van de daarin omschreven rechten gesteld wordt.⁵⁷ Boukema kent dan ook derdenwerking toe aan bepalingen van het Verdrag van Rome:

Het feit, dat ze (die rechten, dD) fundamenteel geacht worden voor een rechtvaardige samenleving maakt o.i. een beperkte opvatting in deze zin dat ze zich slechts tot de overheid richten, onaannemelijk. Ook particulieren dienen zich van aantasting van fundamentele vrijheden te onthouden.⁵⁸

Volgens Alkema dient men voor toekenning van derdenwerking de kern van het betreffende grondrecht op te sporen, welke kern voor de overheid en in veel gevallen voor particulieren onaantastbaar behoort te zijn en zeker voor corporaties, voorzover die in macht en/of functie met de overheid kunnen concurreren.⁵⁹ Wanneer dit uitgangspunt toegepast wordt op het tuchtrecht, dan moet men tot de conclusie komen, dat zeker aan art. 6 van het verdrag derdenwerking behoort te worden toegekend. Overigens is het 'eerlijk' en 'bonafide' met elkaar omgaan een algemeen rechtsbeginsel, dat zijn gelding op zich niet ontleend aan art. 6 van het VvR, doch eerder andersom.

De vraag, waar het hier vervolgens om gaat, is op welke wijze de burger zich op deze derdenwerking kan beroepen. Bij de Europese Commissie of het Europese Hof voor de rechten van de mens zijn klachten tegen particulieren niet mogelijk. Hoe moet men dan de derdenwerking effectueren of afdwingen? In het gearceerde gedeelte van het schema heeft de overheid in toenemende mate directe bemoeienis met het tuchtrecht. Daar dient de overheid zich in beginsel – voor zover dat noodzakelijk is – direct aan het verdrag te houden. Maar we hebben gesteld, dat ook bij het niet-gearceerde gedeelte wel eens procedure-waarborgen aanwezig dienen te zijn, die gebaseerd zijn op het Verdrag van Rome (bijvoorbeeld het tuchtrecht in de betaalde sporten).

de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, Nr. 73, mei 1976, p. 116. E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten*, Deventer 1978, p. 32.

57 P.J. Boukema, *Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland*, Amsterdam 1966, p. 244/245.

58 Ibidem, p. 245; het argument van Th.A.M. van der Horst (*Ambtenaar en grondrechten*, Alphen aan den Rijn 1967, p. 204), die zich voor de derdenwerking van het verdrag beroept op art. 17 van dat verdrag, vind ik met Burkens a.w., p. 157 niet sterk.

59 Alkema, a.w. 1976, p. 118; Alkema, a.w. 1978, p. 34.

De derdenwerking van het Verdrag van Rome ware hier dan in die zin te aanvaarden, dat de overheid er — indirect — voor zorg dient te dragen, dat aan de grondgedachten van het verdrag geen afbreuk wordt gedaan. Via de Europese rechter zou de overheid hierop kunnen worden aangesproken, in geval zij nalatig is geweest in of bij het voorkomen casu quo ongedaan maken van de aantasting van het verdrag.⁶⁰

Deze grondgedachten (ook te formuleren als beginselen van behoorlijke rechtspleging) behoeven echter geenszins te worden beperkt tot dat deel van het tuchtrecht, dat direct of indirect te maken heeft met het VvR. In het verdrag staan geen maximumeisen. Een Staat is vanzelfsprekend bevoegd de burgers in grotere mate te beschermen dan minimaal noodzakelijk is geacht. Het zou dan ook een juiste weg kunnen zijn, dat de overheid in een Wetboek van Tuchtrecht⁶¹ de essentialia van behoorlijke rechtspleging vastlegt, geïnspireerd en voor zover nodig geleid door de beginselen van het Verdrag van Rome en de eigen nationale procesrechtelijke uitgangspunten.

2.6 Samenvatting

De vraag, die in paragraaf 2.3 aan de orde is, is die naar de ontvankelijkheid van een klager, die op Europees niveau wil klagen over de tuchtrechtelijke procedure, die tegen hem werd gevoerd. Daarvoor is het nodig, deze procedure te beschouwen als een die strekt tot het vaststellen van een 'civil right and obligation', dan wel tot het onderzoek naar een 'criminal charge'.

In het vorige hoofdstuk is het tuchtrecht ingedeeld op een glijdende schaal, met als criterium de mate van vrijwillige aanwezigheid van het lid in de groep. Aan de ene kant staat het 'contractuele' tuchtrecht. Dit tuchtrecht nu is in de regel gevrijwaard van controle door het Europese Hof in Straatsburg.

Anders is het met het tuchtrecht, dat men bij bepaalde beroepsgroepen aantreft. Hierbij denke men niet alleen aan het wettelijk tuchtrecht, doch ook aan elk ander tuchtrecht, waarbij geoordeeld wordt of kan worden over de vraag, of de leden van de groep een bepaald beroep mogen (blijven) uitoefenen. Ook de Europese rechter lijkt dit tuchtrecht als een soort 'contract' te beschouwen, aangezien aansluiting wordt gezocht bij de term 'civil rights'. Het belangrijkste criterium voor de beantwoording van de vraag, of een bepaald tuchtrecht onder de vigueur van de bepalingen van het Verdrag van Rome valt, blijkt uiteindelijk *de aard van de straf*, die kan

60 Boukema, a.w., p. 245; bovendien is er de mogelijke bescherming op het nationale vlak.

61 Vgl. hoofdstuk 7.

worden opgelegd of die is opgelegd: uit de tot dusver voorhanden jurisprudentie over de toepassing van dit criterium blijkt, dat in elk geval de procedure, die leidt tot een ontzetting van een persoon uit de bevoegdheid zijn beroep uit te oefenen, moet voldoen aan de bepalingen van het eerste lid van art. 6. De verdere ontwikkeling is niet duidelijk: of bijvoorbeeld de oplegging van een geldboete ook de bescherming van art. 6 kan genieten is (nog) niet uitgemaakt. Wanneer art. 6 VvR eenmaal van toepassing wordt geacht, lijkt het erop, dat de Europese Commissie de eisen van art. 6 strak toetst en dat de constructie, dat men zich min of meer vrijwillig heeft onderworpen aan dat tuchtrecht waardoor men geacht zou kunnen worden afstand gedaan te hebben van de rechten van art. 6, niet wordt aanvaard.

Het tuchtigingsrecht wordt in de jurisprudentie en de literatuur getoetst aan de term 'criminal charge'. Wanneer het tuchtigingsrecht inderdaad zou vallen onder een strafrechtelijke beschuldiging, dan zouden niet alleen de garanties van art. 6 lid 1 daarop van toepassing zijn, maar ook die van art. 6 lid 2 en 3 en van art. 7 VvR. Weliswaar wordt in de leden 2 en 3 van art. 6 en in art. 7 gesproken over 'criminal offence', maar dit brengt volgens de jurisprudentie een vergelijkbare politiek teweeg. De koppeling van het tuchtigingsrecht aan de term 'criminal charge' lijkt daarom terecht, omdat net als in het strafrecht bij het tuchtigingsrecht de vrijwillige aanwezigheid ontbreekt.

Of in concreto een tuchtigingsrecht wordt beïnvloed door het Verdrag van Rome blijkt, net zoals in het beroepen-tuchtrecht, afhankelijk van de 'ernst van de straf'. Het merkwaardige is, dat er daardoor in de praktijk geen aanknopingspunt is, dat de Europese rechter de beschermende werking van de onderhavige artikelen van toepassing zal achten op enig tuchtigingsrecht, dat we in Nederland kennen.

Voor dit alles is de vraag naar de derdenwerking een gewichtige voor de mogelijke effectuering van de rechten van het verdrag. Het verdrag heeft werking in de relatie overheid-burger. Deze werking kan de burger in voorkomende gevallen laten toetsen in Straatsburg. Maar de overheid heeft niet overal (direkte) bemoeienis met het tuchtrecht. Naarmate er een minder vrijwillige aanwezigheid is in de groep, is de bemoeienis van de overheid groter. Vanzelfsprekend komen dan slechts die gebieden van het tuchtrecht in aanmerking, waar de overheid bemoeienis heeft met het tuchtrecht. (Te denken ware dan inderdaad aan het 'beroepen'-tuchtrecht en het tuchtigingsrecht.) Toetsbaar is dan in elk geval de vraag, of de overheid er overeenkomstig haar taak voor heeft zorggedragen, dat de grondslagen (de geest) van het verdrag worden geëerbiedigd.

2.7 De Grondwet

Hierboven zijn opmerkingen gemaakt over de relatie van het tuchtrecht met het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Het zou onvolledig zijn geen enkele beschouwing te wijden aan de relatie van het tuchtrecht met onze Grondwet. Met name het bepaalde in de artt. 167 en 170 GW en art. 2 RO behoeft enige bespreking. In art. 167 GW wordt bepaald, dat twistgedingen over eigendom of daaruit voortvloeiende rechten, over schuldvordering en andere burgerlijke rechten tot de kennisneming van de rechterlijke macht behoren. Het artikel zwijgt over het strafrecht, doch art. 2 RO noemt, behalve het in art. 167 GW geformuleerde recht, ook: 'de toepassing van alle soort van wettig bepaalde straffen.'⁶² De garantie, dat niemand tegen zijn wil kan worden afgetrokken van de rechter, die de wet hem toekent, wordt gegeven door art. 170 GW. Is het nu desalniettemin geoorloofd, dat een niet tot de rechterlijke macht behorende tuchtrechter in bepaalde gevallen een bepaalde situatie, die ook door de gewone (straf- òf) burgerlijke rechter beoordeeld zou kunnen worden, berecht? Verzetten de artt. 167 en 170 GW zich daar niet tegen?

De tekst van de hiergenoemde artikelen doet denken aan die van de aanhef van art. 6 van het Verdrag van Rome. Bij de behandeling van dat artikel werd geconcludeerd, dat de procedure, die leidt tot een ontzetting van een persoon uit de bevoegdheid zijn beroep uit te oefenen, dient te voldoen aan de bepalingen van het eerste lid van art. 6 van het verdrag. Is het nu ook noodzakelijk (en zou men deze parallel moeten trekken), dat dergelijke procedures in Nederland gevoerd worden voor de rechterlijke macht (in de zin van artikel 170 GW)? Men denke hierbij met name aan het wettelijk geregelde tuchtrecht, waarin vooral over de procedure nadere regels worden gegeven. De beschuldigten worden in eerste instantie in dat wettelijk tuchtrecht in de regel niet door de burgerlijke rechter berecht. Integendeel, nadrukkelijk is in de meeste gevallen voor elk hier bedoeld tuchtrecht een apart forum geschapen.

Van het tuchtrecht voor advocaten, medici en notarissen kent alleen laatstgenoemde in eerste instantie een taak voor de rechterlijke macht, en dan nog slechts voor de zwaardere straffen.⁶³ In de hoger beroep-fase is

62 In art. 6.2. lid 1 van 'een ontwerp van Wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de grondwet van bepalingen inzake de justitie' (hierna te noemen: *Ontwerp Grondwet*) is wel ruimte ingeruimd voor het strafrecht. (Bijlage Handelingen Tweede Kamer, 1979-1980, 16162). Zie o.m. hierover: C.J.A.M. Kortmann, *Rechtspraak in de nieuwe Grondwet*, *NJB*, 1980, p. 796-801, i.h.b. p. 798.

63 Vgl. de artt. 22 van de *Advocatenwet* (overigens wordt in het wetsontwerp 16094 (Bijlage Handelingen Tweede Kamer, 1979-1980) tot wijziging van deze *Advocatenwet* de deelneming van de leden van de R.M. reeds in eerste aanleg voorgesteld), 9 van de *Medische Tuchtwet* en 50a en 50g van de *Wet op het Notarisambt*.

de taak van de leden van de Rechterlijke Macht in het wettelijk tuchtrecht echter aanmerkelijk uitgebreider.⁶⁴

Op deze wijze is er wèl plaats voor de leden van de Rechterlijke Macht in het wettelijk tuchtrecht, doch niet in die mate, dat zonder meer zou kunnen worden gesteld, dat er in alle gevallen sprake is van een rechter in de zin van art. 170 GW. Maar wanneer zwaardere straffen in het geding zijn (bijvoorbeeld ontzetting uit een beroep), dan kan (van de hier genoemde voorbeelden) uiteindelijk slechts van het tuchtrecht voor advocaten worden gezegd, dat er voor de veroordeelde geen gelegenheid is zich te wenden tot een (louter) rechterlijk college, hoewel ook aan die tuchtrechtspraak wel rechters deelnemen.⁶⁵

Wordt hiermede in voldoende mate voldaan aan de tekst van de Grondwet? Net zoals er over de grondwettelijkheid van de toewijzing van verschillende onderwerpen aan administratieve rechters (deels bestaande uit leken) vragen zijn gerezen,⁶⁶ zou men deze vraag ook voor ons onderwerp kunnen stellen. Het door Duynstee gesignaleerde dilemma, wanneer men geconfronteerd wordt met een 'administratieve' zaak, die bij een 'civiele' rechter is aangebracht, is het volgende: 'Men moet ofwel aanvaarden, dat in strijd met art. 167 van de Grondwet inbreuk is gemaakt op de uitsluitende competentie van de rechterlijke macht ofwel concluderen, dat de rechtspraak op het verkeerde pad is, doordat zij zich in dergelijke gevallen onbevoegd pleegt te achten'.⁶⁷ Roos beantwoordt deze kwestie in de tweede zin: de burgerlijke rechter zou zich inderdaad ten onrechte onbevoegd verklaren. Maar men zou volgens hem moeten erkennen, dat er administratiefrechtelijke normen zijn, die deel uitmaken van het burgerlijk recht. Dan zou men die normen en concretisering daarvan kunnen opvatten als bijzondere delen van het burgerlijk recht. Voor het overige is het volgens Roos mogelijk het begrip 'rechterlijke macht' dusdanig ruim te interpreteren, dat bijvoorbeeld ook de Raden van Beroep en de Centrale Raad daartoe behoren.⁶⁸

64 Tuchtrecht voor notarissen: Gerechtshof, met de mogelijkheid van cassatie; voor advocaten: Hof van Discipline, o.m. bestaande uit drie leden van de rechterlijke macht; voor medici: voor lichtere straffen een Centraal College, zonder leden van de rechterlijke macht, doch voor de zwaardere straffen het gerechtshof met de mogelijkheid tot cassatie.

65 Dit laatste geldt overigens ook voor de registeraccountants (art. 46 Wet op de Registeraccountants). De Europese Commissie behandelt nu de zaak Van Marle, Van Zomeren, Flantua, De Bruijn v. Nederland; mogelijk zal uiteindelijk in deze zaak getoetst worden of dit artikel aan de eisen van art. 6 voldoet (vgl. *Press Release*, C(80)37, dd. 16 okt. 1980, Strasbourg).

66 N.H.M. Roos, De rechterlijke macht en zijn uitsluitende bevoegdheid volgens art. 167 GW mede in verband met de deelneming van leken aan de rechtspraak, In: *Themis* 1979/6, pp. 545-573.

67 Ibidem, p. 563.

68 Inderdaad is dit ook de visie van de regering blijkens de Memorie van Toelichting op het Ontwerp Grondwet, Bijlage Handelingen Tweede Kamer, 1979-1980, 16162, nrs. 3-4, p. 4 en 5. Vgl. Kortmann, t.a.p., pp. 798-799.

Zijn dergelijke redeneringen voor het administratief recht nog verdedigbaar, gelet op het feit, dat in de samenstelling van die colleges rechters een belangrijke plaats innemen; voor het tuchtrecht zou het in ons huidig recht wellicht toch te ver gaan de fora in eerste aanleg tot de rechterlijke macht te rekenen. Wanneer men de bemoeienis van de Rechterlijke Macht in hoger-beroep niet als voldoende accepteert, dan zal men voor de andere mogelijkheid van Duynstee moeten kiezen: men moet dan aanvaarden, dat in sommige gevallen mogelijk in strijd met art. 167 van de Grondwet inbreuk is gemaakt op de uitsluitende competentie van de rechterlijke macht. Art. 131 lid 2 GW verbiedt de rechter de wet te toetsen aan de Grondwet, en ex. art. 11 AB mag hij de innerlijke waarde of de billijkheid van de wet niet beoordelen. Derhalve moet de rechter zich in elk geval bij deze gang van zaken neerleggen. En wanneer de zorgvuldigheidsnorm van art. 1401 BW of de garanties van art. 6 van het Verdrag van Rome door de hierbedoelde tuchtrechtfora worden nageleefd, kunnen we ons wellicht zelfs met gerust hart bij deze regelingen neerleggen. Te meer daar in het nieuwe ontwerp grondwetswijziging van bepalingen inzake de justitie de mogelijkheid wordt opengelaten een tuchtgerecht door de overheid ingesteld, aan te wijzen als zijnde te behoren tot de rechterlijke macht.⁶⁹

Voor het 'contractuele' tuchtrecht kan korthedshalve verwezen worden naar het vrijwillig karakter daarvan. Men kan derhalve niet stellen, dat er hier sprake is van het 'tegen zijn wil' aftrekken van de civiele rechter. Het lid legt zich bij deze regelingen neer. Mocht het zich tóch wenden tot de burgerlijke rechter, dan zal deze de tuchtrechtelijke bemoeienis bovendien, zij het wellicht marginaal, kunnen toetsen.⁷⁰

Resumerend kan nu nog een spanningsveld worden gelokaliseerd tussen de wettelijke bepalingen rond het tuchtrecht en onze Grondwet. Ook het administratief recht kent deze problemen. De nieuwe Grondwet kan deze bedenkingen voor een groot deel oplossen, zodat we thans moeten en kunnen uitgaan van de rechtsgeldigheid van de hier bedoelde bepalingen.

69 Op deze wijze zou dan nog meer tegemoet gekomen kunnen worden aan art. 6 van het Verdrag van Rome. Een lid van de R.M. is immers onafhankelijk (Vgl. art. 6.5. lid 1 Ontwerp Grondwet). Indien een tuchtrechter lid is van de rechterlijke macht, dan zal hij ook benoemd dienen te worden volgens de daartoe opgestelde regels. Het dilemma (dat we niet altijd kunnen spreken van een onafhankelijke tuchtrechter) blijft bestaan voor dat beroepentuchtrecht, dat niet behoort tot een van overheidswege ingesteld tuchtrecht, doch wel straffen op kan leggen, die aantasting van burgerlijke rechten zouden kunnen opleveren.

70 Zo kan voor het betaalde voetbal worden gewezen op Hof 's-Gravenhage, 28 mei 1975, NJ 1976-210 en Hof 's-Gravenhage, 2 juni 1976, NJ 1977-271.

3 Enige materieel-rechtelijke beginselen van het tuchtrecht

3.1 Inleiding

Hoewel op het eerste gezicht het tuchtrecht veel op het strafrecht lijkt, valt deze gelijkenis bij nadere kennismaking niet mee. De oorzaak hiervan heb ik in hoofdstuk 1 al aangewezen: grote gebieden van het tuchtrecht worden beheerst door civielrechtelijke beginselen, omdat ze meer verwant zijn met het civiel- dan met het strafrecht. Straf- en verbintenissenrecht hebben we dan ook aangewezen als de beide polen, waartussen de diverse tuchtrechtgebieden zich bevinden. De beginselen, die het tuchtrecht beheersen, worden daarom in sterke mate door deze beide polen bepaald.

In het vorige hoofdstuk is gesproken over het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Ook aan het hier te bespreken nulla poena-beginsel is in die verdragen een artikel gewijd (art. 7 VvR en art. 15 IV). Als voorwaarde voor de gelding van dat beginsel wordt in die artikelen genoemd, dat het moet handelen over een 'criminal charge'. Zoals hierboven reeds is gememoreerd, krijgt het tuchtrecht nauwelijks of slechts met moeite de kwalificatie 'criminal charge' toegedacht. Dat het nulla poena-beginsel desalniettemin, zoals we hierna zullen zien, toch enige betekenis heeft voor het tuchtrecht, is derhalve niet het gevolg van de invloed van internationale verdragen.

3.2 Het nulla poena-beginsel en enige daarmee samenhangende problemen

3.2.1 *Enige literatuur over het beginsel in het tuchtrecht*

De vraag naar de gelding van het nulla poena-beginsel in het tuchtrecht is reeds door verschillende schrijvers gesteld. Meestal beantwoorden zij de vraag ontkennend. 'De disciplinaire bestraffingen toegelaten of ingevoerd om in een engeren kring alle mogelijke rechtskrenkingen of vergrijpen in hoe geringe mate dan ook, te keer te gaan, zullen zich dan ook oneindig

verder dan de eigenlijke straffen moeten uitstrekken'. Aldus M. de Pinto in 1876.¹ Dit brengt met zich mee, dat de regel 'nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali' op het tuchtrecht niet toepasselijk is. Aan gezien de disciplinaire bestraffing volgens De Pinto haar grond heeft in de bijzondere hoedanigheid of positie, die men inneemt, moet zij strekken om al de daarop nadelig werkende handelingen te bedwingen. Daaruit zou volgen, dat een van te voren nauwkeurig aanduiden van al die storende invloeden wel onmogelijk zal zijn.²

De Bie constateert, dat de feiten, die de toepassing van tuchtmiddelen ten gevolge kunnen hebben, legio zijn: 'Eene limitatieve opsomming wordt niet gegeven, het nullum delictum sine praevia lege in strengen zin opgevat is hier krachteloos.'³

Ook Taat stelt, dat sterk opvalt, dat men in het tuchtrecht, in afwijking van het strafrecht, niet een limitatieve opsomming vindt van scherp omschreven strafbare feiten met voor ieder feit een bepaalde straf.⁴ Maar hij wijst erop, dat ook in het Wetboek van Strafrecht wel algemene omschrijvingen voorkomen, waaronder verschillende feiten kunnen worden gerangschikt, bijvoorbeeld art. 266 (belediging) of art. 426 (baldadigheid) van het Wetboek van Strafrecht.⁵ Taat laat het niet bij deze constatering, doch hij zoekt er ook een verklaring voor:

'Deze afwijking van het strafrecht vloeit dan ook rechtstreeks voort uit het karakter van het tuchtrecht. De tuchtrechtelijke plicht eist immers niet zozeer het zich onthouden van bepaalde handelingen dan wel veel meer positief het zich voortdurend inspannen ten opzichte van de doelstelling van de groep. Een uitputtende opsomming te geven van de talloze gedragingen, waardoor men met deze plicht in strijd zou kunnen komen, moet wel onmogelijk zijn'.⁶

Taat maakt er bovendien melding van, dat oudere Franse schrijvers in het begin van deze eeuw de verklaring van het feit, dat het nulla poena-beginsel in het tuchtrecht geen gelding vond, zochten in de omstandigheid, dat het tuchtrecht in een zoveel jonger ontwikkelingsstadium zou verkeren.⁷

Van Agt waarschuwt er in 1971 in het algemeen voor,⁸ dat wettelijke regelingen in de toekomst bestand moeten zijn tegen een toetsing aan art. 9e van het Ontwerp van de Grondwet, welk artikel gelijkloidend zal zijn

1 M. de Pinto, *Bijdrage tot de leer der disciplinaire bestraffingen van staatswege bedreigd*, Leiden 1876, p. 27.

2 Ibidem, p. 28.

3 H. de Bie, *Eenige beschouwingen over Tuchtrecht*, Utrecht 1904, p. 176/177.

4 J.F. Taat, *Beschouwingen over tuchtrecht*, Boskoop 1948, p. 26.

5 Ibidem.

6 Ibidem, p. 27.

7 Ibidem.

8 A.A.M. van Agt, Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en het tuchtprocesrecht wenselijk? *Preadvies, Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereeniging* deel 1, tweede stuk, p. 62.

aan ons huidige art. 1 lid 1 Wetboek van Strafrecht. Hierbij zal Van Agt dat tuchtrecht voor ogen hebben gehad, dat 'in wezen strafrecht is'.⁹ Voor het eerst wordt hier derhalve de mening verkondigd, dat het beginsel wél op (een deel van) het tuchtrecht kan slaan.

Ras¹⁰ verklaart de beperkte werking van het nulla poena-beginsel in het tuchtrecht uit het feit, dat in het moderne tuchtrecht de gedachte, dat de justitiabelen beschermd moeten worden tegen willekeur van het rechtsprekend apparaat, op de achtergrond is geraakt, wellicht omdat veelal beroepsgenoten aan die rechtspraak deelnemen.

Voordat de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging zich onder meer over de vraag, of de onderhavige regel in het tuchtrecht geldend is, uitsprak, noemde Verpaalen het kenmerkend voor het tuchtrecht, dat er geen geschreven regels zijn. Dat wil volgens hem echter niet zeggen, dat de hier besproken regel geheel zonder betekenis zou zijn: 'De regel nulla poena heeft dus een heel beperkte strekking in het tuchtrecht, namelijk dat men in het algemeen zou moeten weten welke richtlijnen er zijn en dat men niet kan worden gestraft voor iets, waarvoor men geen enkel aanknopingspunt heeft.'¹¹

Uit de stemming op het eind van de N.J.V-vergadering in 1971 is helaas weinig af te leiden. Vraagpunt 1a: 'Moeten de strafrechtsbeginselen: nulla poena sine praevia lege poenali, geen straf zonder schuld en ne bis in idem ook voor het tuchtrecht gelden?', werd met grote meerderheid ontkennend beantwoord.¹² Of deze ontkennende beantwoording zich over alle drie genoemde beginselen uitstrekt, kan niet met zekerheid worden vastgesteld. Het minst speculatief lijkt ons de hypothese, dat dit wel het geval is geweest.

Hoewel Krikke en Balkema van mening zijn, dat in het tuchtrecht de onderhavige regel niet van toepassing is, wijzen zij erop, dat bijvoorbeeld het militaire tuchtrecht, naast het algemeen geformuleerde vergriep tegen de tucht, ook exact omschreven tuchtrechtelijke delikten kent.¹³ Kelk verbaast zich er over, dat het beginsel in het algemeen met tuchtrecht onverenigbaar wordt geacht, terwijl toch onder de noemer van het tuchtrecht zéér uiteenlopende rechtsverschijnselen gebracht moeten worden.¹⁴

Concluderend kan worden gesteld, dat de schrijvers niet eenstemmig zijn. Wel zijn zij het er over eens, dat het beginsel, zoals dit in het strafrecht geldt, niet op het gehele tuchtrecht van toepassing is.

9 Immers hij waarschuwt na de constatering, dat het speuren naar in wezen strafrechtelijke regelingen, die onder pseudoniemen schuil gaan, meer dan academische waarde heeft (ibidem).

10 H.E. Ras, *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2, p. 83.

11 O.A.C. Verpaalen, *ibidem*, p. 110.

12 *Ibidem*, p. 114.

13 A. Krikke en J. Balkema, Inleiding tot de sectie tuchtrecht, in: *Strafrecht te-recht?*, Baarn 1972, p. 96/97.

14 C. Kelk, *Recht voor gedetineerden*, Alphen a/d Rijn, 1978, p. 248.

3.2.2 *Het beginsel in het strafrecht*

In de huidige bepalingen is dit beginsel geconcretiseerd op verschillende niveaus. In de eerste plaats is er het art. 1 lid 1 van het Wetboek van Strafrecht: 'Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.' Dit artikel is echter oorspronkelijk geschreven om de positie van de verdachte te beschermen bij een veranderde wetgeving¹⁵ en niet primair ter wille van de nulla poena-regel op zichzelf.¹⁶ Hiertegenover staat, dat er in ons huidige recht argumenten zijn om te betogen, dat art. 1 lid 1 Wetboek van Strafrecht als verwoording van de nulla poena-regel geïnterpreteerd dient te worden. In de eerste plaats omdat we te maken hebben met art. 7 van het Verdrag van Rome. Dit artikel is duidelijk en zonder twijfel een afspiegeling van het nulla poena-beginsel: 'Niemand kan worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal en internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde.'

De eerste volzin van art. 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten is gelijkkluidend. Gelet op het feit, dat aan deze artikelen uit het VvR en het IV directe werking kan worden toegekend¹⁷, staat onomstotelijk vast, dat het Nederlandse strafrecht wordt beheerst door het nulla poena-beginsel.

Het ontwerp van de grondwetsherziening¹⁸ heeft de consequentie getrokken: Art. 1.15 van het ontwerp houdt het nulla poena-beginsel in. Uit de tekst van het ontwerp, die gelijkkluidend is aan die van art. 1 lid 1 van het Wetboek van Strafrecht, blijkt overigens, dat de ontwerper van de nieuwe grondwet in art. 1 Sr. een verwoording van het nulla poena-beginsel zag.

In de tweede plaats, nog afgezien van deze formeel-wettelijke redenen, moet een nulla poena-beginsel ons strafrecht beheersen, omdat deze regel voor de toepasbaarheid van straffen en maatregelen middels de overheid op de burger een fundamentele bescherming voor die burger oplevert.¹⁹

15 Zie artikel 4 van de Wet van 15 mei 1829, *Stb.* 28, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk: 'De wet verbindt alleen voor het toekomstige, en heeft geene terugwerkende kracht'. Vgl. A.L. Melai, *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, Arnhem 1968, p. 1.

16 Vgl. ook: Ch.J. Enschedé/A. Mulder, bewerkt door L.C.M. Meijers, *De wettelijke regelen betreffende de strafbepaling*, Zwolle 1979, p. 16.

17 Vgl. D.H.M. Meuwissen, *De Europese conventie en het Nederlandse recht*, Preadvies, *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Nr. 73, mei 1976, Deventer 1976, p. 66.

18 De Grondwetsherziening, Bijlage handelingen Tweede Kamer, 1975-1976, 13872; zie hierover M.C. Burkens, *Grondrechten in een nieuwe grondwet*, *NJB* 1976, pp. 701-716, i.h.b. p. 712.

19 Vgl. A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, Deventer 1972, p. 14; Heijder (A. Heijder, *Nullum crimen sine lege?*, In: *Non sine causa*, Scholten-bundel, Zwolle 1979, pp. 136-153) wijst overigens op de tendens, dat de wetgever meer dan vroeger werkt met vage

Alkema merkt op, dat art. 7 VvR, welk artikel hij een principiële bepaling noemt, in Straatsburg geen krachtige verdediging heeft gevonden.²⁰ Hij stelt, dat de commissie het voldoende acht, dat een feit in de wet strafbaar is gesteld, ook wanneer de omschrijving vaag is en de uitleg in de rechtspraak bijgevolg sterk kan variëren. Hij wijst hier op de zaak Richard Handyside tegen Groot-Brittannië.²¹

Handyside, een uitgever, werd ervan beschuldigd voor eigen gewin een voor publikatie bestemde kopie in zijn bezit gehad te hebben van 'an obscene book'. De klager was de mening toegedaan, dat de reikwijdte van het begrip 'obscurity' te groot was en te onnauwkeurig te omlijnen. De commissie erkende in de aanvang van haar dictum, dat art. 7 niet slechts een verbod tot terugwerkende strafbepalingen inhoudt, maar inderdaad een bevestiging is van de regel 'nullum crimen, nulla poena sine lege'. Zij gaf vervolgens als haar mening te kennen, dat deze regel de eis omvat, dat een delikt duidelijk in de wet moet zijn omschreven, doch:

However, the Commission points out that the requirement of certainty in the law cannot mean that the concrete facts giving rise to criminal liability should be set out in the statute concerned. This requirement is satisfied where it is possible to determine from the relevant statutory provision what act or omission is subject to criminal liability, even if such determination derives from the courts 'interpretation of the provision concerned'.²²

Of overigens deze ene uitspraak van de commissie aanleiding mag geven tot de hierboven geciteerde 'krachtige' conclusie als van Alkema, lijkt de vraag. Het gaat erom welke graad van abstractie, als men wil van onduidelijkheid, wordt geaccepteerd.²³ Het legaliteitsbeginsel moet immers in evenwicht worden gehouden door de rechtszekerheid. Wanneer elke strafbare handeling als zodanig in de wet moet zijn opgenomen, dan wordt die wet onleesbaar en bovendien is een volledigheid niet wel mogelijk. Dan gaat de rechtszekerheid, die men met het legaliteitsbeginsel wilde dienen, weer verloren.

normen, open elementen en een gelede opbouw van de regels. Hij stelt, dat een strak vasthouden aan het adagium de rechtswerkelijkheid niet meer adequaat kan verhelderen.

20 E.A. Alkema, De Europese conventie en het Nederlandse recht, preadvies, *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, nr. 73, mei 1976, Deventer, 1976, p. 153; E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten*, diss. Leiden, Deventer 1978, p. 69.

21 Appl. 5493/72 *Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights*, 45, Strasbourg, 1974, pp. 23-54; *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 1974, the Hague/La Haye 1976, pp. 228-302.

22 *Yb.* 1974 pp. 290-292.

23 Vgl. H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerslooth en M.J. Cohen, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen 1977, p. 94 e.v. en A.C. 't Hart, Artikel 25 WvW en het legaliteitsbeginsel, In: *Macht en onmacht van de wetgever*, Deventer, 1978, p. 222 e.v.

3.2.3 Een nadere beschouwing over de inhoud van het nulla poena-beginsel

Tot nu toe gaf ik de traditionele visie op het nulla poena-beginsel, sterk vanuit de strafrechtelijke hoek bezien. Om straks het tuchtrecht te gaan beschouwen, is het wellicht dienstig eerst nader op het beginsel in te gaan, waarbij aangesloten kan worden op de in het literatuuroverzicht opgenomen opmerking van Verpaalen over de beperktere strekking van de regel in het tuchtrecht.²⁴ Het nulla poena-beginsel komt waarschijnlijk voort uit een algemeen 'rechtsgevoel'. Het druist in tegen 'het' rechtsgevoel, om gestraft te worden op grond van overtredingen van een norm, die niet gold, ten tijde dat de overtreding werd begaan. Mede om problemen dienaangaande te voorkomen is er gecodificeerd: de normen werden opgenomen in schriftelijke bevelen, die voor ieder toegankelijk waren. Waardoor de vraag in het strafrecht niet slechts is: gold de norm, vóórdat de overtreding werd begaan?, maar, bovendien: was er een bevel, dat het omstreden gedrag verbood?

Met opzet wordt hier onderscheid gemaakt tussen norm en bevel. Deze termen worden gebruikt in de betekenis, die Glastra van Loon eraan geeft.²⁵ Volgens Glastra van Loon heeft het bevel een functie in de relatie spreker-aangesprokene en de norm een functie in de relatie tussen de geadresseerden. Wie een norm opvolgt, erkent alleen de gelding van de norm en *niet* de bevoegdheid van de eventuele steller van die norm. Een bevel bepaalt de intermenselijke verhoudingen door het ge- of verbieden van gedrag, terwijl een norm die verhoudingen bepaalt door aan te geven wat enkelen in hun omgang met elkaar van elkaar mogen verwachten. Groepsleden (die uiterst vrijwillig zijn samengekomen) beleven onder elkaar de normen. Die normen geven aan welke verwachtingen van de één met betrekking tot de ander *legitiem* zijn. De groepsleden voelen de normen aan. Uitgangspunt is dat ieder groepslid bij het vaststellen van die doelstelling uit de context kan opmaken welke norm geldt en dus weet hoe hij zich dient te gedragen. Ieder groepslid zal zelf kunnen begrijpen welke daad voor de groep onaanvaardbaar is. Zoals hij weet, wat hij van andere groepsleden te verwachten heeft, zo weet hij ook wat van hem verwacht wordt. Het opvolgen van een norm houdt, zoals gezegd, geen erkenning in van de bevoegdheid van een eventuele normsteller. Het opvolgen van een bevel kan

24 Zie noot 11

25 J.F. Glastra van Loon, *Norm en handeling*, Haarlem 1956, p. 212/213. Zie verder J.F. Glastra van Loon, *De eenheid van het handelen, opstellen over recht en filosofie: Regels en bevelen*, Meppel, 1980, waarin Glastra van Loon het woord 'regel' lijkt te gebruiken op die plaatsen, waar hij in zijn dissertatie van 1956 het woord 'norm' gebruikt. Wellicht is dit slechts een vertaal-misverstand, vgl. Ong Sien Hien, *Regels en rechtsregels bij J.F. Glastra van Loon*, te publiceren in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1981.

een erkenning inhouden van de bevoegdheid van diegene, die bevolen heeft, maar dit opvolgen van een bevel heeft op zich niets te maken met een erkenning van een norm.

Een wetsregel heeft in ons strafrecht veelal een gebods- of verbodskarakter: in zoverre vestigt zij een relatie tussen de wetgever, die het bevel geeft en de aangesprokenen, de individuele burgers. We duiden dit aan met: 'bevelsaspect'. Maar dit bevelsaspect is niet bij voorbaat bepalend voor het normatieve (voor zover de wetsregel althans een normatief aspect heeft), namelijk voor de bepaling van de legitieme verwachtingen omtrent de handelingen van de betrokkenen in een concreet geval.²⁶

Terug naar het nulla poena-beginsel. We onderscheiden het in twee vragen:

- a. Gold de norm tijdens de overtreding?
- b. Was er een codificatie van die norm (bevel)?

Strafrechtelijk lijkt het accent te liggen op de 'codificatie-eis' (b.), los van het normatieve aspect van een regel (a.). Het strafrechtelijk nulla poena-beginsel omvat beide vragen. Naast de eis, dat het litigieuze feit in een regel moet zijn verwoord (b.), is het bovendien noodzakelijk, dat het (materiële) wederrechtelijk kan worden genoemd (a.). Deze materiële wederrechtelijkheid kan worden omschreven als 'een handelen of nalaten, dat óf inbreuk maakt op eens anders recht, óf in strijd is met des daders rechtsplicht óf indruist, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed'.²⁷ Hiermee wordt een link naar de andere pool van het tuchtrecht, namelijk het privaatrecht, gelegd. Immers met de hierboven aangehaalde bewoording van het Lindenbaum/Cohen-arrest vernietigde de HR de stelling van het Hof, 'dat een vordering, gegrond op art. 1401 BW, zeker niet gewettigd wordt zonder een uitdrukkelijke wetsbepaling'. Het privaatrecht lijkt zich derhalve, wat het nulla poena-beginsel betreft, te beperken tot de geldingseis.

Het tuchtrecht is gesitueerd tussen het straf- en privaatrecht. Voor het *gehele* tuchtrecht geldt dan ook de eis, dat de norm op het moment van de

26 Zie bijvoorbeeld in het verkeersrecht, de conclusie van de A.G. Remmelink voor HR 26 juni 1979 NJ 1979 – 602, VR 1980 – 10 over de mogelijkheid, dat een gewoonteregel (in normatieve zin) in een bijzondere situatie een wettelijke voorrangsregel elimineert of althans belangrijk reduceert (wat betreft het normatieve aspect van die voorrangsregel). Zie ook HR 5 april 1966 NJ 1967 – 355.

Voor een voorbeeld van materiële invulling van het normatieve aspect van een wettelijke regel aan de hand van verwachtingspatronen, zie A.C. 't Hart, Pornografie en strafvervolgning; van 'Chick' tot 'Deep Throat', *NJB* 1979, pp. 277-282.

27 Terminologie van het Lindenbaum/Cohen-arrest (HR 31 januari 1919, NJ 1919 – 161). Men zie hierover J.M. van Bemmelen, *Ons strafrecht 1*, Alphen aan den Rijn, 1979, p. 100 en H. de Doelder en G.A.M. Strijards: *Ons gereedschap ter discussie*, *DD* 9 (1979) p. 247.

handeling moet hebben bestaan. De codificatie-eis neemt in gewicht toe, naarmate de betreffende vorm van tuchtrecht dichter bij het strafrecht dient te worden gelokaliseerd. Maar voor een groot gebied van het tuchtrecht is de invloed van het codificatiebeginsel gering.

De geldende norm voor het tuchtrecht wordt hieronder nader uitgewerkt. Mede voor een beter begrip van het nulla poena-beginsel in het tuchtrecht dient nu te worden behandeld, *welke* mate van inspanning in het tuchtrecht wordt vereist; met andere woorden: is er een hulpmiddel voor het vaststellen van de concrete norm in een bepaalde vorm van tuchtrecht?

3.2.4 *De mate van inspanning*

Welke inspanning wordt nu aan een lid van een bepaalde groep gevraagd? Dit hangt af van het antwoord op een andere vraag, namelijk in welke gevallen kunnen we in een groep van 'normen' spreken. De mate van vrijwillige aanwezigheid van het groepslid in de groep is ook hier een leidraad. Naarmate die vrijwilligheid groter is, is het bevelsaspect van de tuchtrechtelijke regel geringer, de codificatiedrang kleiner, krijgt het normatieve een sterker accent en kan de mate van inspanning, die door de groep wordt geëist, verder gaan. Het onderscheid vrijwillig-onvrijwillig moet, zoals al werd opgemerkt, niet zwart/wit worden geduid: talrijke nuance-verschillen kunnen voorkomen. Maar in beginsel kan men toch stellen, dat hoe vrijwilliger een verblijf als groepslid in een groep is, des te zuiverder er van 'normen' kan worden gesproken en des te omvangrijker de inspanningsplicht (jegens elkaar) kan zijn.

Een lid van een hobbyvereniging is uiterst vrijwillig in de groep. De normen van een dergelijke groep zijn zeer specifiek, meestal niet expliciet en hangen voor buitenstaanders in het luchtledige. De mate van inspanning gaat voor het lid (uiteraard op het door de vereniging bestreken terrein) — relatief gezien — uiterst ver (bijvoorbeeld uit de algemene norm 'de leden waken voor het op peil houden of brengen van elkaars postzegelverzameling' volgt de specifieke: 'de te ruilen zegels worden aan andere leden aangeboden tegen een bepaald percentage van de catalogusprijs; ook al kan elders (meer) winst worden gemaakt, toch gaat het mede-lid voor).'

Daar waar het aan een vrijwillige toetreding tot de groep ontbreekt en men de groep ook maar niet zomaar kan verlaten, zal het bevelsaspect van de tuchtrechtelijke regel steeds groter worden.

Door de hiërarchische verhoudingen wordt door de machtigste een regel opgelegd aan een zwakkere. Wanneer de regel wordt opgevolgd kan dit het gevolg zijn van het feit, dat de zwakkere zich bij het gezag van de ster-

In dergelijke groepen (men denke aan een gevangenis-gemeenschap) worden wel (minimum-)regels opgesteld, waaraan men zich heeft te houden: het lijkt dan sterk op het strafrecht. De inspanning om deze regels niet te overtreden vereist relatief niet veel moeite. Volle inzet is hiervoor zelden vereist.

Bij een tussenvorm als wettelijk tuchtrecht lijkt het er ook op, dat de regels schriftelijk, controleerbaar en herkenbaar expliciet zijn gemaakt: zij gelijken zelfs op minimum-regels, maar de inhoud van die regels is dusdanig gesteld, dat toch duidelijk inspanningen worden verwacht: het normatieve aspect van die regels is dan ook groot.

tucht recht wel vrijwilligheid	tuchtigingsrecht geen vrijwilligheid
X	X
X normen	bevelen X
X grote inspanning	geringe inspanning X

De betekenis van de nulla poena-regel voor het tuchtrecht ligt hierin, dat een groepslid te voren moet (kunnen) weten, welke gedragingen als (on)gewenst worden beschouwd. De normen, waaraan hij zich heeft te houden, kunnen worden beredeneerd vanuit het eerder gesloten contract: het zijn overeengekomen normen. Een lid is niet gebonden aan voorwaarden, die hij redelijkerwijs niet behoeft te verwachten. Zijn *vertrouwen* moet in dier voege worden beschermd.

De mate van inspanning, die een groepslid zich moet getroosten, is een kwestie van interpreteren van de verbintenis tussen het lid en de groep. Deze interpretatie kan geschieden aan de hand van de beginselen, zoals door Nieuwenhuis uitgewerkt:²⁹ het *autonomie*-beginsel betreft de vraag in welke mate er sprake is van een vrijwillige toetreding, het *vertrouwens*-beginsel beschermt het lid tegen niet te verwachten voorwaarden en het *causa*-beginsel kan het groepslid helpen, wanneer achteraf gebleken onbekendheid van de voorwaarden voor hem van doorslaggevende betekenis is geweest bij zijn aanvaarding van die voorwaarden: als hij geweten had, dat

28 Zie over het begrip legitimatie en legitimiteit: Ong Sien Hien, Politie en legitimiteit, *DD* 9 (1979), pp. 383-393.

29 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer 1979.

het lid worden van die vereniging inhield, dat die bepaalde handeling van hem verwacht werd, dan was hij geen lid geworden.

Een voorbeeld: tot welke mate van inspanning verplicht het lidmaatschap van de 'Vereniging Vrienden van de Nederlandse Spoorwegen'? Kan aan een lid tuchtrechtelijk worden verweten, dat hij voor zijn reis Amsterdam-Groningen gebruik maakte van zijn auto in plaats van de trein? De mate van vrijwilligheid van het lidmaatschap van de 'deserteur' is erg groot: wat dat betreft geen beletselen. Maar wat met het vertrouwensbeginsel? Is dit een te verwachten voorwaarde? Wanneer die niet is geëxpliciteerd, lijkt het niet voor de hand te liggen, dat zulk een beding door een lid van de 'Vereniging Vrienden van de Nederlandse Spoorwegen' behoeft te worden verwacht. Sterker nog: als de (incidentele) autoreiziger dat had geweten, was hij nooit lid geworden van de vereniging!

De hier behandelde kwantiteit van de inspanning dient overigens te worden onderscheiden van de kwaliteit van die inspanning. Deze laatste betreft een waardering van het belang van de inspanning en wordt bepaald door de maatschappelijke betekenis van de groep. Welke belangen behartigt de groep? Welk doel heeft de groep?

Het zal duidelijk zijn, dat bijvoorbeeld het medisch tuchtrecht een andere maatschappelijke betekenis heeft dan een tuchtrecht in een vereniging voor postzegelverzamelaars. Door de geringe maatschappelijke betekenis van de positie van de verzamelaars staat de inspanning, die de postzegelverzamelaars van elkaar verlangen om een goed lid van de vereniging te zijn, — *absoluut genomen* — op een veel lager niveau dan de inspanning, die van een arts wordt verwacht. Dat komt al voort uit het doel van de groep. In het geval van de verzamelaar zal de inspanning in de eerste plaats gericht zijn op de goede gang van zaken binnen de groep. De leden zullen vrijwel uitsluitend in *eigen* belang hiernaar streven.³⁰ Als tuchtrechtelijke normen komen die normen voor, welke de leden zich in hun onderlinge betrekkingen stellen.³¹ De inspanning, die van artsen wordt verlangd, staat echter op een hoger plan. De artsen hebben de taak (en zich deze taak ook gesteld) te zorgen voor de gezondheid van de gehele Nederlandse bevolking. De inspanning, die de artsen van elkaar verwachten, beperkt zich, mede onder de druk van buitenaf (de maatschappij), niet tot de goede gang van zaken binnen de eigen groep, maar strekt zich uit tot het bevorderen van de goede gang van zaken voor de gehele bevolking, zij het dan op medisch gebied.³²

30 J.F. Rang (Medisch tuchtrecht, In: 'Tuchtrecht' van G.E. Langemijer e.a., NJB-reeks, Zwolle 1975, p. 112) spreekt van 'intern tuchtrecht'.

31 Vgl. F.F. Langemeijer, *Aard en functie van het militaire tuchtrecht*, Zwolle 1977, pp. 74-76.

32 Rang, t.a.p. 1975, p. 112, zou dit 'extern tuchtrecht' noemen.

3.2.5 *Het nulla poena-beginsel in het tuchtrecht*

Het nulla poena-beginsel hebben we onderscheiden in a. de eis, dat de norm op het moment van de overtreding moet hebben bestaan én b. de eis, dat die norm moet zijn gecodificeerd. In paragraaf 3.2.3. is gesteld, dat het nulla poena-beginsel zich in het tuchtrecht beperkt tot de onder a. genoemde eis. Maar dat is te ongenueanceerd. De vormen van het tuchtrecht zijn gelegen op een schaal tussen het verbintenissenrecht en het strafrecht. In het verbintenissenrecht lijkt volgens de jurisprudentie inderdaad slechts de geldings-eis te gelden, en in het strafrecht de geldings- én de codificatie-eis. Dit brengt met zich mee, dat de beide polen hun invloed op het tuchtrecht doen gelden. In het contractuele tuchtrecht, dat dichtbij het verbintenissenrecht kan worden ingeschaald, voldoet de geldings-eis, terwijl in het tuchtingsrecht, waarvan de plaats dichtbij het strafrecht is gelegen, ook de codificatie-eis krachtig wordt. Juristen zijn geneigd, wanneer zij het over het onderhavige beginsel hebben, uitsluitend te denken aan een gecodificeerde regel. Dit element nu zal men inderdaad op een groot gebied van het tuchtrecht *niet* aantreffen. Waarom is dit niet het geval? De aard van de tuchtrechtelijke normen brengt mee, dat codificatie hier niet of nauwelijks mogelijk is.

In het tuchtrecht wordt inspanning van de leden verwacht om als goed groepslid te functioneren en deze algemene inspanningsplicht laat zich — gelijk Taat al leerde³³ — moeilijk nader preciseren. In principe zien we dan ook, dat het tuchtrecht slechts één, althans weinig ‘deliktsomschrijvingen’ kent. Ook het wettelijk tuchtrecht, waar men nog kan spreken van een zekere mate van vrijwilligheid, kent de eis, dat de leden zich dienen in te spannen. Deze inspannings-eis brengt het ‘open’ karakter van het tuchtrecht met zich mee. Die algemene norm is begrijpelijk, aan gespecificeerde regels is geen of weinig behoefte. Dit ‘open’ karakter heeft als praktisch gevolg, dat het nulla poena-beginsel, zoals we dit in het strafrecht kennen, zich op het gebied van het tuchtrecht niet in die vorm manifesteert.

Anderzijds is het bepaald niet zo, dat de groepsleden in het tuchtrecht verstoken zijn van de bescherming, die het nulla poena-beginsel wil bieden. Maar dan moeten we de codificatie niet als de enige bescherming, dus als de enig mogelijke uitwerking van het beginsel beschouwen. Een codificatie biedt *extra* bescherming, waar dit nodig is. Een codificatie vergroot de rechtszekerheid, maar schept die niet.

Het tuchtrecht geldt in een kleinere groep, die doorzichtiger is, ook in zijn normatieve structuur. Daardoor is het denkbaar, dat noch bij de groep, noch bij het groepslid de *behoefte* aan codificatie erg groot is: als er on-

33 Taat, a.w., p. 27; zie p. 78.

danks het gebrek aan codificatie toch *voldoende* rechtszekerheid kan worden bereikt, heeft het *niet*-codificeren in elk geval een groot voordeel: immers regels nodigen maar uit tot verstarring, tot haarkloverijen over begrippen en termen, maar bovenal: zonder regels is er meer soepelheid, omdat 'normen' per definitie aansluiten op de communis opinio in de groep, ook wanneer zich die wijzigt. Er kan zo flexibel gereageerd worden op ontwikkelingen binnen het groepsbesef, waarop eventueel schriftelijk vastgelegde bepalingen omtrent het gedrag maar remmend zou kunnen werken. En tot slot: men kan — in theorie althans — verder tot het wezen van de inspanningsverbintenis doordringen: regels slaan noodzakelijkerwijs op daden; normen kunnen ook de mentaliteit omvatten.

Het codificeren is in het tuchtrecht ook een kwestie van afwegen van vóór en tegen. Per soort tuchtrecht zal die afweging anders kunnen uitvallen. Theoretisch zal de codificatie urgenter worden naarmate het betreffende tuchtrecht dichter tegen het strafrecht 'aanzit' (en dus ook de inspannings-eis verbleekt). Een duidelijk voorbeeld is het tuchtigingsrecht.

Hier kan immers van de groepsleden (voor zover we daar al over mogen spreken) in beginsel slechts worden gevraagd zich te houden aan minimumregels. Daarom is hier behoefte aan een uitgebreide codificatie. Het kan derhalve wel degelijk uitmaken, met welk 'soort' tuchtrecht men te doen heeft voor de beantwoording van de vraag, in welke vorm en mate het nulla poena-beginsel geldend is voor dat tuchtrecht.³⁴ Voor het tucht(igings)recht van gedetineerden bijvoorbeeld zal de drang tot codificatie sterk zijn. Gedetineerden zullen ongetwijfeld gemeenschappelijke normen hebben in hun sub-cultuur.³⁵ Maar wanneer het bevoegd gezag wil proberen te voorkomen, dat zij bijvoorbeeld fluiten of zingen in de gevangenis,³⁶ dan zal het dit met zoveel woorden dienen te verbieden. Derhalve moeten de regels hier op schrift en dus controleerbaar worden gepresenteerd. Het zou onjuist zijn te veronderstellen, dat de geldende regels zonder meer tot algemene normen te verheffen zijn en daarop de toepasbaarheid van het — ongeschreven — tuchtrecht voor gedetineerden te baseren.

Er zijn natuurlijk allerlei tussenfiguren, zo kent elke vereniging wel zijn reglement. Behalve de regel: 'een lid is gehouden zich als een goed lid te gedragen' (of iets dergelijks), vindt men talloze andere bepalingen in reglementen, waaraan leden zich hebben te houden. In het eerste hoofdstuk vergeleek ik deze reglementen reeds met 'standaardvoorwaarden' uit het verbintenissenrecht. Deze voorwaarden zijn expliciet gemaakt, mede doordat zij anders voor een lid niet (geheel) logisch uit de algemene norm

34 Vgl. Kelk, a.w., p. 248; zie p. 79.

35 A. Heijder, *Bewakers en bewaakten, een bijdrage tot de studie van het gevangeniswezen*, Meppel, 1963 i.h.b. pp. 82-84.

36 De Bie, a.w. p. 178.

zouden kunnen voortvloeien. De ratio van het nulla poena-beginsel vergt immers, dat het lid erop moet kunnen vertrouwen, dat hij de op zich genomen verplichtingen als lid kan overzien. Meer detaillering in de reglementen kan onder omstandigheden ten dienste staan van dit vertrouwen, het betreft hier een rechtsbescherming van het groepslid, die rechtstreeks voortvloeit uit genoemde ratio.

Tot slot komen we nog even terug op art. 7 van het Verdrag van Rome: het lijkt minder juist, dat Alkema de mening van de Commissie, dat art. 7 uitsluitend op strafprocedures en niet op tuchtprocedures betrekking heeft, een *zwak* punt noemt,³⁷ zonder dit nader te motiveren. Alkema wijst hier op in het vorige hoofdstuk reeds genoemde zaak van X tegen Luxemburg.

X, een gynaecologe in Luxemburg, weigerde voor een op de wet gestoelde Commissie te verschijnen, die haar wilde horen over haar 'medical activities at the family planning centre'. Zij kreeg voor deze wandaad een 'waarschuwing' opgelegd. Haar klacht bij de Europese Commissie was, dat zij was veroordeeld voor een daad 'which did not constitute a criminal offence under national or international law'. Zij betoogde, dat haar daad niet viel onder 'an act contrary to the honour and dignity of the profession or ... serious errors in the practice of medicine'.³⁸

De redenering van de commissie was aldus: aangezien een tuchtproces niet valt onder het begrip 'criminal offence' in art. 6 lid 2 en 3 van het VvR, kan er ook niet geklaagd worden over schending van art. 7 lid 1 VvR, waar dezelfde term wordt gebruikt.

Uit het bovenstaande blijkt, dat het wettelijk tuchtrecht (waarvan hier sprake was) het nulla poena-beginsel niet kan hanteren in een vorm gelijk aan die van het strafrecht. Het zou tegen de aard van dit tuchtrecht indruisen het via de 'criminal charge' van het Europese Verdrag te dwingen zich in deze als gecodificeerd strafrecht te gedragen. In elke vorm van tuchtrecht geldt, dat aan een lid de regels bekend moet kunnen zijn. Naarmate zich de plaats van het betreffende tuchtrecht dichtert tegen het strafrecht bevindt, is de drang naar codificatie sterker.

3.2.6 *Samenvatting*

Het nulla poena-beginsel ware te onderscheiden in: a. gelding van de norm en b. het gecodificeerd zijn van die norm op het moment van de overtre-

37 Alkema, preadvies 1976, a.w. p. 153; E.A. Alkema, a.w. 1978, p. 69.

38 Appl. 4519/70 Coll. 37, Strasbourg 1971, pp. 134-137 Yb., 1971, The Hague/La Haye 1973, pp. 616-622.

ding. Voor het strafrecht zijn beide vormen relevant. Voor het tuchtrecht geldt wel degelijk de geldings-eis van het nulla poena-beginsel. De codificatie-eis wordt echter meestal door schrijvers als criterium genomen.

In het tuchtrecht vinden we, al naar gelang de vorm van het tuchtrecht, inderdaad geen of weinig expliciete regels. Zoals hierboven opgemerkt is dit 'open karakter' van het tuchtrecht te herleiden tot de inspanningsplicht van het groepslid en zijn de normen voor bijvoorbeeld 'een goede beroepsuitoefening' nooit exact te omschrijven. Dit kenmerk van het tuchtrecht is in verhouding tot het strafrecht echter gradueel. Door de aard van de normen (zorgvuldigheid, moraal en fatsoen, eer van de stand etcetera), welke aard overigens door het feit, dat men als goed groepslid dient te functioneren, bepaald wordt, kent het tuchtrecht vaker normen, die door een *nalaten* worden overtreden dan het strafrecht.

Het tuchtrecht vereist een globaal niveau van goed functioneren en bestrijkt alles wat onder dit niveau daalt; het strafrecht is veel fragmentarischer, het kent wel 'open' deliktsomschrijvingen, maar dit is een 'open-zijn' binnen nauwere grenzen dan bij het tuchtrecht. De open bestanddelen van het delikt (bijvoorbeeld aanstotelijkheid voor de eerbaarheid) leveren minder algemene verboden op dan de open norm van het tuchtrecht (bijvoorbeeld het is verboden het vertrouwen in de stand te schaden), hoewel men ook in het strafrecht wel (op een bepaald gebied) een constant niveau van voorzichtigheid eist, bijvoorbeeld art. 25 van de Wegenverkeerswet, welk artikel elke verkeersdeelnemer het verbod oplegt zich zo te gedragen, dat vlotheid en veiligheid van het verkeer in gevaar wordt (kan worden) gebracht. Maar aan het strafrecht kan in verhouding tot het tuchtrecht een meer gesloten karakter worden toegekend.

Hoe is het mogelijk, dat het strafrecht in staat is een 'gesloten systeem' te benaderen? Er kan worden gesteld, dat het strafrecht van de burgers slechts verwacht zich van bepaalde *gedragingen* te onthouden. Deze gedragingen, (min of meer) duidelijke daden, zijn te rubriceren: het is mogelijk de strafwaardige *gedragingen* in wetten op te nemen. Dit is ook gebeurd, zodat het strafrecht thans in beginsel op bepaalde gedragingen toegespitste deliktsomschrijvingen kent. Dit past in de codificatiegedachte van de Franse Revolutie. De burgers eisten een maximale rechtszekerheid en maximale garanties voor zich tegenover de machthebber.³⁹ Door de talrijke, aparte deliktsomschrijvingen werd de rechtszekerheid zeker gediend, te meer daar men uit het adagium 'nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali' onder meer en voor zover hier van belang de regel 'ex fal-

39 Peters, a.w. passim; Vgl. echter A.C. 't Hart, t.a.p., p. 215 e.v. en P.J. Baauw, Het europees verdrag en het nederlandse straf(proces)recht, Hoofdstuk IV in: *Rechten van de mens in mondiaal en europees perspectief*. Ars Aequi Libri, 1978, p. 104 e.v.

so sequitur quod licet' zou kunnen afleiden. Uit wat verboden is volgt wat is toegestaan.⁴⁰

In het tuchtrecht lijkt het erop, dat de mate van rechtszekerheid op een geringer niveau staat dan in het strafrecht. Men houde echter in het oog, dat de norm wél gegolden dient te hebben op het moment van de overtreding! In elk geval staat tegenover dit mogelijke nadeel, dat het ontbreken van regels voor het tuchtrecht ook belangrijke voordelen heeft: er kan flexibel op de gebeurtenissen worden gereageerd; er is geen starheid en geen strijd om betekenis van woorden; de norm sluit beter aan op de idee, dat het in het tuchtrecht in de eerste plaats om 'symptomen' van een mentaliteit en *niet* om 'gedragingen' gaat.

We zagen, dat het nulla poena-beginsel duidelijker dringt tot codificatie, naarmate er minder inspanning, doch meer specifieke gedragingen geëist worden. Deze gedragingen moeten in minimum-regels worden aangeboden. Zodoende zal bij het tuchtigingsrecht de 'codificerende werking' van het nulla poena-beginsel zich sterk doen gelden, sterker dan bijvoorbeeld bij het wettelijk tuchtrecht, waar de mate van inspanning door de niet algeheel – maar toch overwegend – vrijwillige aanwezigheid van de leden wordt beïnvloed.

De verschillende mate van inspanning is niet alleen een verklaring voor het onderlinge verschil in de vorm, waarin het beginsel binnen het gebied van het tuchtrecht geldt, maar ook is hierdoor te verklaren, dat art. 7 van het Verdrag van Rome inderdaad niet kan gelden voor het tuchtrecht.

3.2.7 Enige voorbeelden

Hieronder zullen als voorbeeld de bepalingen besproken worden, die gelden voor de medici, advocaten en notarissen. Juist deze vormen van wettelijk tuchtrecht zijn gekozen, omdat hier, zoals tevoren is gesteld, het tuchtrecht enerzijds wel een open karakter heeft, doch anderzijds de daaruit voortvloeiende, in algemene taal gestelde 'deliktsomschrijvingen' zijn gecodificeerd. Dit geeft een aardig houvast voor commentaar.

3.2.7.1 Medisch tuchtrecht

Voor de medici zijn de algemene criteria opgenomen in art. 1 lid 1 van de Wet van 2 juli 1928 (Stb. 222), houdende nadere voorschriften ten aanzien van de uitoefening der geneeskunst (Medische Tuchtwet):

Een geneeskundige, die zich schuldig maakt aan 1. handelingen, die het vertrouwen in de stand der geneeskundigen ondermijnen, of 2. aan nalatigheid, waardoor

40 H.J.M. Boukema, *Tuchtrecht, Ars Aequi* 1974, p. 74.

ernstige schade ontstaat voor een persoon, te wiens behoefte hem genees-, heel- of verloskundige raad of bijstand gevraagd wordt of aan wie hij die raad of bijstand verleent, of 3. die in de uitoefening van de geneeskunst blijk geeft van grove onkunde, kan, onverminderd zijn aansprakelijkheid ingevolge andere wettelijke voorschriften, worden onderworpen aan een van de maatregelen, vermeld in artikel 5.

Behalve deze drie in algemene bewoordingen gestelde verboden gedragingen, die betrekking hebben op handelingen, die de geneeskundige in zijn hoedanigheid van geneeskundige verricht, noemt de Medische Tuchtwet nog concreet verboden gedragingen,⁴¹ die een ieder zou kunnen begaan,⁴² doch die volgens de Medische Tuchtwet blijkbaar, in elk geval, onverenigbaar zijn met het bekleden van het ambt.

De eerste twee in art. 1 lid 1 van de Medische Tuchtwet genoemde groepen van verboden gedragingen zijn in de rechtspraak de belangrijkste gebleken.⁴³ Hoewel de tweede 'regel' (nalatigheid, waardoor ernstige schade ontstaat) preciezer en gedetailleerder lijkt dan de eerste (vertrouwen in de stand der geneeskundigen ondermijnen), kan die tweede regel ook vanuit een ander gezichtspunt als algemener worden beschouwd, omdat er hier geen sprake behoeft te zijn van vertrouwen in de stand.⁴⁴

De eerste bepaling lijkt te eisen, dat de handelingen⁴⁵ van de arts enige bekendheid hebben gekregen. De rechtspraak neemt deze bekendheid echter met een korrel zout.⁴⁶ De schade, die naast de nalatigheid door de tweede regel wordt geëist, kan volgens de Memorie van Toelichting absoluut zijn: verlies van leven; maar ook relatief: tijdelijk of blijvend verlies van gezondheid of validiteit.⁴⁷ In 1931 heeft het Centraal College de term 'schade' nader gepreciseerd tot 'ernstige, aanwijsbare, werkelijk geleden schade'.⁴⁸ 'De bewoording van de wet verzet zich ertegen, dat daaronder wordt begrepen een nalatigheid, waardoor ernstige schade heeft kunnen ontstaan.'⁴⁹ Wellicht is deze restrictieve interpretatie van het woord 'schade' er debet aan, dat in de praktijk voor schending van deze regel niet dikwijls wordt veroordeeld.⁵⁰ De derde regel (groeve onkunde), die het duide-

41 Art. 4a Med. Tuchtwet: de 'arts', die een gewoonte maakt van drankmisbruik of misbruik van verdovende middelen wordt de bevoegdheid ontzegd.

42 Zie hierover subparagraaf 3.4.3 van dit hoofdstuk.

43 D. Sanders, *De praktijk van het medisch tuchtrecht*, Deventer 1967, p. 82 e.v. verdeelt de gedragingen, die het vertrouwen kunnen ondermijnen in maar liefst 13 rubrieken, met vermelding van de rechtspraak dienaangaande.

44 Memorie van Toelichting, Bijlage handelingen Tweede Kamer 1924-1925, 290/3 blz. 4.

45 Zie hierover Sanders, a.w., p. 81.

46 Sanders, a.w., p. 97/98.

47 Memorie van Toelichting, zie noot 44.

48 Centraal College, 16 november 1931, NJ 1932 - 1224.

49 Hof Amsterdam, 28 januari 1969, MC 1969, p. 327, J.F. Rang, *Gezondheidsrechtspraak*, serie Medisch Recht 8, Deventer 1976, p. 219.

50 Sanders, a.w., p. 104 kent slechts de twee door B. de Gaay Fortman (*Medisch tuchtrecht*, Zwolle 1947) op pag. 37 genoemde gevallen uit de dertiger jaren. Ook in de uitspraken, verzameld door Rang (a.w., 1976) komen geen overtredingen van deze norm voor. Onlangs

lijkt geformuleerd is, wordt hoogst zelden toegepast. Daardoor is aan de wens van de Memorie van Toelichting, dat deze norm in de praktijk zal worden uitgewerkt, niet tegemoet gekomen.⁵¹ Ook de angst, die in de vragen van de leden van de Kamercommissie doorklinkt over de toepassing van deze norm,⁵² is niet terecht gebleken.

De vierde en vijfde verboden gedraging (lichamelijke ongeschiktheid en misbruik van drank of verdovende middelen) betreffen specifieke gevallen, die ook overigens onder de vertrouwensnorm gebracht hadden kunnen worden. Bij misbruik van drank etcetera is het echter mogelijk de arts een ontwenningsskuur op te leggen. Ook deze bepalingen worden echter, voor zover mij bekend, slechts sporadisch toegepast.⁵³ Wellicht daarom is er tot nu toe aan de sterke aandrang om deze bepalingen uit de tuchtrechtsfeer te halen, dan wel ze afzonderlijk te behandelen, geen gevolg gegeven.⁵⁴

Resumerend kan worden vastgesteld, dat slechts de eerste regel in de praktijk levensvatbaar is gebleken. Interessant is in dit verband de mening van de Staatscommissie Medische Beroepsuitoefening, hierna te noemen, naar haar voorzitter, de Commissie De Vreeze.⁵⁵ Deze commissie werd bij KB van 14 december 1967 no. 15 in het leven geroepen, teneinde te onderzoeken op welke wijze de wetgeving inzake de toelating tot en de uitoefening van de geneeskundige beroepen kan worden gemoderniseerd. De commissie komt in haar rapport tot het oordeel, dat de huidige tuchtbepalingen niet gehandhaafd dienen te worden.

Zij stelt eerst vast, dat van de vergrijpen, die in de Medische Tuchtwet zijn omschreven, in de praktijk slechts 'het zich schuldig maken aan handelingen die het vertrouwen in de stand der geneeskundigen ondermijnen' wordt gehanteerd.⁵⁶ Vervolgens stelt de staatscommissie als haar mening, dat dit criterium niet moet blijven bestaan:

echter werd in *Gezondheidsrecht* 1980 (nr. 116) een dergelijke uitspraak van het Medisch Tuchtcollege te Amsterdam d.d. 20 november 1979 gepubliceerd.

51 Memorie van Toelichting, zie noot 41, 2e kolom; ik ken slechts één (recente) veroordeling op grond van 'grove onkunde': MT Amsterdam, 18 december 1978 *Gezondheidsrecht* 79/5 nr. 85. In HR 23 maart 1979, NJ 1979 – 541 is sprake van een geval, waarin het Medisch Tuchtcollege oordeelde, dat er sprake was van grove onkunde: het hof vernietigde dit oordeel.

52 Memorie van Antwoord. Bijlage handelingen Tweede Kamer, 1926-1927, 54/1.

53 *25 jaar Medisch tuchtrecht*, Bijzondere uitgave van Verslagen en Mededelingen betreffende de Volksgezondheid juli 1955, p. 91.

54 P.J.W. de Brauw, Een ondergeschoven kind van de medische tuchtrechtspraak, In: *25 jaar Medisch tuchtrecht*, a.w. pp. 84-88; Sanders, a.w., pp. 106/107 en 113.

55 De commissie bestond behalve uit de voorzitter prof. mr. J.Th. de Vreeze, hoogleraar in het nationaal en internationaal volksgezondheidsbeleid aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen, onder meer uit vertegenwoordigers van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot Bevordering der Geneeskunst, van de Nederlandsche Maatschappij tot Bevordering der Tandheelkunde en van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij ter Bevordering der Pharmacie.

56 Rapport van de Staatscommissie Medische Beroepsuitoefening, (Commissie-De Vreeze), 's-Gravenhage, 1973, p. 68.

Met dit criterium wordt immers niet de kern van de zaak geraakt. Waar het in de eerste plaats om gaat is de vraag of de geneeskundige voor de mens voor wie hij zorgen moet die zorg heeft gehad die van hem geëist had mogen worden.⁵⁷

De Commissie-De Vreeze stelt dan voor de tuchtbepalingen als volgt te formuleren:⁵⁸

1. Op de persoon, die het recht heeft de titel van ... te voeren, kan een der maatregelen, bedoeld in art. ... worden toegepast, indien hij door enig handelen of nalaten *te kort schiet in de zorg*, die hij als zodanig behoort te betrachten ten opzichte van degene met betrekking tot wiens gezondheidstoestand zijn raad, oordeel of behandeling is gevraagd, wordt gegeven, of in geval van nood behoort te worden gegeven.
2. Op een persoon, als bedoeld in het eerste lid, kan een maatregel, als daarin bedoeld, eveneens worden toegepast, indien hij op andere wijze in zodanige mate te kort schiet in de uitoefening van zijn beroep, dat daardoor ernstige schade voor de individuele gezondheidszorg is ontstaan of dreigt te ontstaan.

De commissie noemt hiervoor als argument, dat door de invoering van de formulering onder 1 alle niet-excusabele misslagen in de uitoefening van het beroep kunnen worden bestreken, zoals 'nalatigheid, waardoor ernstige schade ontstaat' en 'het blijf geven van grove onkunde'. Verder, zo stelt de commissie, zal bij de invoering van deze terminologie meer de nadruk vallen op de ethische beoordeling van het werk van de medicus, dan op het resultaat daarvan.

Het voorstel van de commissie is dáárom interessant, omdat wordt teruggekeerd naar één algemene, typisch tuchtrechtelijke open term, namelijk het verbod om te kort te schieten in de zorg, die de arts behoort te betrachten tegenover de patiënten: de arts dient als arts goed te functioneren. Hij dient zich in te spannen om een goede gezondheidszorg te bereiken. Spant hij zich voor dat doel niet voldoende in, schiet hij tekort in de vereiste zorg, dan valt hij uit de boot. De Commissie-De Vreeze heeft hiermede een uitstekend voorstel gedaan. Terecht wordt voorgesteld af te stappen van het criterium, dat het vertrouwen in de medische stand moet zijn geschaad. De rechtspraak toont aan, dat men in de praktijk nauwelijks

57 Rapport Commissie-De Vreeze, pp. 68/69.

58 Ibidem, p. 69. Bij het ter perse gaan van dit geschrift was het Ministerie van Volksgezondheid en Milieuhygiëne van plan in het voorjaar van 1981 een voorontwerp te publiceren van de Wet Beroepsuitoefening Individuele Gezondheidszorg (BIG). In deze wet zullen allerlei wetten op dit terrein (w.o. de Wet op de paramedische beroepen, de Medische Tuchtwet, de Wet regerende de uitoefening der geneeskunst) opgaan. Het rapport van de Commissie-De Vreeze zal een belangrijke invloed hebben op dit voorontwerp.

onderzoekt of het vertrouwen in concreto is geschaad:⁵⁹ het criterium is al te vaag en moeilijk hanteerbaar. Het accent valt toch op de concrete gedragingen, die mogelijk vertrouwensschending tot gevolg hebben.

Welk criterium men ook voor juist houdt: beide geven slechts bij benadering aan wat de onderliggende normen zijn. Hoewel die normen onder enige algemene noemers zijn gebracht, kan niet worden gesteld, dat die normen daarmee zijn gecodificeerd: daarvoor zijn de teksten veel te ruim.

Het wettelijk tuchtrecht voor de medici verschilt in dit opzicht overigens niet van de interne tuchtrechtspraak van de K.N.M.G. Ook dit contractuele tuchtrecht hanteert eenzelfde soort vage omschrijving van de normen. (Hoewel het wettelijk tuchtrecht dichterbij het strafrecht 'staat' en er dus — theoretisch geconcludeerd uit de plaats op de schaal — een grotere mate van codificatie mag worden verwacht dan bij het verenigings-tuchtrecht van de K.N.M.G., is dit in casu niet het geval. Als oorzaak zou kunnen worden aangewezen het feit, dat de code van het medische beroep kennelijk voldoende bekend is.)

3.2.7.2 *Tuchtrecht voor advocaten*⁶⁰

De huidige tekst van art. 46 van de Advocatenwet begint als volgt: 'De tuchtrechtspraak heeft ten doel het weren en beteugelen van misslagen, door advocaten in de uitoefening van de praktijk begaan, en van inbreuken op verordeningen van de Nederlandse orde en op de eer van de stand der advocaten'. Net als in de Wet op de Registeraccountants uit 1972 wordt hier gesproken over een 'doel'. Dit doel impliceert dan het kader, waarbinnen het tuchtrecht zich afspeelt.

Het lijkt minder gelukkig op deze wijze het doel in een wettelijke bepaling op te nemen. Men zou dan kunnen stellen, dat een dergelijk tuchtrecht, naar de letter van de wet, slechts één (in dit geval preventief) doel heeft en derhalve slechts ter behartiging van dát expliciete doel zou mogen worden gehanteerd.⁶¹ Bovendien is het de vraag, of iedere deelnemer in het tuchtproces zich in dit doel kan vinden. In het eerste hoofdstuk is als algemeen doel van het recht de normhandhaving genoemd. Zou het (neven)doel van het advocatentuchtrecht nu slechts zijn beperkt tot preventie?

⁵⁹ Zie noot 46.

⁶⁰ Zie hierover in het algemeen: P. Boeles, Ontmanteling van het advocatentuchtrecht, In: *Tuchtrecht*, boekenreeks NJB 2, Zwolle 1975, pp. 53-72.

⁶¹ Overigens is deze formulering in overeenstemming met hetgeen A.G. Ten Kate opmerkt voor HR 10 nov. 1978 NJ 1979 — 53 (p. 144 linker kolom) 'In het medisch tuchtrecht staat niet primair correctie van wat misdaan werd, doch handhaving van het peil van het beroep en van het vertrouwen, dat het publiek daarin stelt'.

Het doel van een bepaald soort sanktierecht wordt in de regel niet geformuleerd. Het lijkt ook niet goed mogelijk daarover een communis opinio te verkrijgen: waar men het wellicht wel over eens is, is dat een bepaald sanktierecht een reden van bestaan heeft. Men denke hierbij aan het strafrecht, dat op zich toch wel erkenning vindt in de maatschappij, doch over welks doel geen gemeenschappelijke mening bestaat.

De verordeningen, waarop in art. 46 Advocatenwet wordt gedoeld, zijn krachtens art. 28 door het College van afgevaardigden (gekozen door de vergaderingen van de advocaten in de verschillende arrondissementen) vastgesteld in het belang van de goede uitoefening van de praktijk en van de eer en de stand der advocaten. Bovendien kunnen verordeningen worden vastgesteld betreffende de huishouding en de organisatie van de Nederlandse Orde van Advocaten. De advocaten kennen thans 9 bepalingen, genummerd 1-3 en 5-10.⁶² Zij bevatten regelingen betreffende

1. de inning van de bedragen, die de stemgerechtigde advocaten moeten bijdragen ter dekking van de door de orde te maken kosten;
2. de opleiding tot en de uitoefening van de praktijk door advocaten en procureurs, die nog niet over voldoende kennis en ervaring beschikken, zoals gewijzigd bij verordening 11;
3. het boekhouden en afzonderlijke bewaring van gelden, geldswaardige papieren en kostbaarheden van derden;
5. het zich bekend maken van advocaten als specialist in het belastingrecht;
6. het houden van enquêtes, teneinde gegevens te verzamelen omtrent de samenstelling van de balie, haar financiële positie, de verhouding van praktijkinkomsten en -onkosten, alsmede het arbeidsinkomen van de medewerkers, mede met het oog op bestudering van de mogelijkheden van oudedagsvoorziening en weduwe- en wezenpensioen;
7. de verzorging van nabestaanden van overleden advocaten en procureurs;
8. vormen van samenwerking van advocaten onderling en met beoefenaren van andere vrije beroepen;
9. de praktijkvennootschap;
10. advocaten in dienstbetrekking, zoals gewijzigd bij verordening 12.

De verordeningen worden hier zo uitgebreid aangeduid, om een inzicht te geven in de veelheid van onderwerpen, die worden bestreken.

De Advocatenwet spreekt nu nog van 'de eer van de stand der advocaten'.⁶³ Uit de bespreking van de Medische Tuchtwet is al gebleken, dat een

62 Zie hiervoor de Advocatenwet, ed. Schuurman en Jordens, Zwolle 1977, pp. 75-101; verordening nr. 4 is verwerkt in de tekst van verordening nr. 1.

63 Art. 28 van de Advocatenwet spreekt van de eer *en* de stand, terwijl art. 46 het heeft over de eer *van* de stand.

formulering in de trant van 'te kort schieten in de zorg' te prefereren is.⁶⁴ De op te houden eer heeft bij de advocaten nadere gestalte gekregen in de 'Ereregelen voor de advocaten 1968'.⁶⁵ Deze ereregelen doen overigens nogal tweeslachtig aan: enerzijds zijn ze geschreven en lijken hierdoor gecodificeerd, anderzijds is bij de publikatie van deze ereregelen ontkend, dat het ererecht zich voor codificatie leent.⁶⁶ Codificatie wordt dan kennelijk in zeer enge zin opgevat, als opneming in een *wet*, omdat als één van de argumenten om niet te codificeren wordt genoemd het feit dat een wetgever zich tot hoofdzaken moet beperken.

Een ander argument is dat codificatie tot verstarring zou leiden. Schenk wijst er nog op, dat de ereregelen door het Hof van Discipline (de beroepsinstantie voor de advocatentuchtzaken) nooit als bindend zijn beschouwd: in de uitspraken van het hof wordt weinig naar de ereregelen verwezen en soms wijkt het hof er zelfs in zijn oordeel van af.⁶⁷

De ereregelen betreffen de volgende onderwerpen:⁶⁸

- Regels 1/2 — onverenigbaarheid van de advocatuur met andere beroepen.
- Regel 3 — decorum.
- Regel 4 — inrichting van het kantoor.
- Regels 5/6 — wijze van optreden tegenover de rechterlijke macht, de Raad van toezicht en de Deken.
- Regels 7-14 — wijze van optreden tegenover cliënten en rechtzoekenden en de verhouding tot publiciteitsorganen.
- Regels 15-24 — verhouding tussen advocaten onderling.
- Regels 25-31 — regelen betreffende de onafhankelijkheid van de advocaat in de uitoefening van zijn beroep.
- Regels 32/33 — regelen betreffende de positie van de advocaat als vertrouwensman.
- Regel 34 — financiële betrekkingen en de behartiging van financiële belangen.
- Regels 35-40 — honorering.
- Regels 41-55 — enige algemene regelen betreffende de wijze van praktijkuitoefening.

64 Het doet goed te constateren, dat in de Wet tot Wijziging van de Advocatenwet een formulering is gekozen, die hieraan refereert: 'De advocaten zijn aan tuchtrechtspraak onderworpen terzake van enig handelen of nalaten in strijd met de zorg, die zij als advocaten behoren te betrachten ten opzichte van degenen wier belangen zij als zodanig behartigen of behoren te behartigen, terzake van inbreuken op de verordeningen van de Nederlandse Orde en terzake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijke advocaat niet betaamt'. (Bijlage handelingen Tweede Kamer, 1979-1980, 16094.)

65 De ereregelen zijn op dit moment in discussie. Men zie onder meer het rapport van de Commissie Herziening Ereregelen (Commissie-Dirkzwager), *Advocatenblad* 1979, pp. 45-59.

66 W. Schenk, *Twintig jaar Hof van Discipline*, Zwolle 1975, p. 10.

67 Schenk, a.w., p. 11.

68 De ereregelen zullen hier niet expliciet worden opgenomen. Men zie bijv. Schenk p. 41 e.v. De hier genoemde indeling is van Schenk.

De ereregelen zijn bedoeld als aanknopingspunten, richtlijnen voor de leden. Waarschijnlijk is dit het gevolg van het slechts betrekkelijk 'vrijwillige' karakter van de verbintenis tussen het lid en de Nederlandse Orde van Advocaten. Personen van diverse pluimage, die allen een andere gedachte kunnen hebben over het doel, dat ze als advocaat gaan nastreven, treden tot de Orde toe. Voor hen is het van belang te weten, welke verwachtingen de groep koestert ten aanzien van hun houding. Het feit, dat in de ereregelen soms wel direkte verboden staan, doet niet af aan de meer algemene inspannings-eis, die aan het lid wordt gesteld, een 'goed' advocaat te zijn. Door de leden van deze pluriform samengestelde beroepsorganisatie zijn, om het vertrouwen in de advocatuur te behouden of te versterken, onderling enige afspraken gemaakt, die op schrift zijn gesteld.

De bepaling, dat overtredingen van de verordeningen tuchtrechtelijk kunnen worden afgedaan, is theoretisch niet goed te verdedigen. Allereerst dienen we op te merken, dat bij de advocaten de situatie fundamenteel anders is dan bij de medici. De artsen kunnen — al dan niet — lid zijn van de K.N.M.G., hun beroepsorganisatie. Maar of zij dit nu zijn of niet, op elke arts is de Medische Tuchtwet van toepassing. Maar bij de advocaten is het zo, dat iedere advocaat uit hoofde van zijn advocaat-zijn, lid is van de Nederlandse Orde van Advocaten. De wet geeft deze orde een publiekrechtelijke status met zelfs verordenende bevoegdheden. En de wet gaat nog verder: overtredingen van de verordeningen mogen (thans nog) door de orde zélf worden berecht. De berechting is ingepast in de overigens ook aan de orde toegekende bevoegdheid om het tuchtrecht, dat hier strekt tot wering van misslagen, die inbreuken maken op de eer en/van⁶⁹ de stand der advocaten, toe te passen. Het medisch tuchtrecht is een tuchtrecht, dat zonder tussenkomst van de beroepsorganisatie wordt uitgeoefend. De organisatie kan zelf *geen* regels stellen, althans geen regels, die langs wettelijk tuchtrechtelijke weg zijn af te doen. Dit heeft tot gevolg, dat het hier niet in de macht van de beroepsorganisatie ligt om de leden de uitoefening van hun beroep te verhinderen, wanneer die leden de regels van de beroepsorganisatie zelf overtreden.

Men kan zich de vraag stellen of bij de advocaten nu wel zo iets bijzonders aan de hand is. Enerzijds is het antwoord ontkennend. Ook privaatrechtelijke verenigingen (denk aan de sportvereniging) zullen regels (standaardvoorwaarden) stellen (te denken valt aan de financiële verplichtingen van het lid aan de vereniging), op overtreding waarvan bijvoorbeeld uitsluiting staat, waardoor de betreffende persoon niet meer in staat is op een bepaald gebied te functioneren (zijn sport georganiseerd te beoefenen). Maar anderzijds verschilt de toestand bij de advocaten toch wel essentieel van

⁶⁹ Zie noot 63.

die bij een vereniging. Dit wordt duidelijk bij de toetreding; vindt die min of meer vrijwillig plaats, dan is de verbintenis-gedachte sterker. Bij intrede accepteert het nieuwe lid de regels van de groep en ook de financiële verplichtingen. Bij de advocaten kan men echter niet zeggen, dat de toetreding vrijwillig is. Daardoor lijkt mij de huidige constructie van de Advocatenwet theoretisch minder juist.

Het is principieel zeker onjuist het toezicht op de naleving van de bepalingen van de verordeningen, voor zover die regels niet strekken tot een nadere precisering van de algemene houding, die van advocaten wordt verwacht in het belang van de eer van de stand, in het belang van zijn functioneren als advocaat, toe te vertrouwen aan de tuchtrechtspraak van de orde zelf. Terecht wordt dit in het Wetsontwerp 16094 dan ook veranderd. Het lijkt nu zelfs de vraag of, wanneer een advocaat eenmaal uit zijn bevoegdheid zou zijn ontzet en hij de zaak zou voorleggen aan de Europese Commissie, een dergelijk college wel voldoende onafhankelijk zou worden bevonden, dan wel of een dergelijk afwijken van het verdrag geaccepteerd zou worden. Het nieuwe voorstel tot instelling van een vijftal raden van discipline is een belangrijke stap in de goede richting.

Resumerend treffen we in het advocatentuchtrecht naast een vage aanduiding van de norm, specifieke gedetailleerde regels aan, die zijn vastgelegd en uitgeschreven in de ereregelen. Op die wijze zijn ze wel degelijk gecodificeerd! De verordeningen van de orde doen, gelet op het onvrijwillig karakter van de aansluiting bij die orde, sterk denken aan een soort tuchtigingsrecht. Vanuit deze optiek is het juist, dat de verordeningen zijn gecodificeerd.

Conclusie: in het tuchtrecht voor advocaten vinden we een grote aandacht voor het codificatie-aspect van de regels.

3.2.7.3 *Tuchtrecht voor notarissen*⁷⁰

Artikel 50c van de Wet op het Notarisambt luidt aldus: 'De notaris, die zijne ambtsplichten verwaarloost, zich schuldig maakt aan wangedrag of onzedelijkheid of handelingen pleegt in strijd met de eer of de waardigheid van zijn ambt, kan, voor zover daarop bij deze wet niet bepaaldelijk straffen zijn gesteld ...'

De verboden gedragingen van de notarissen worden aldus samengevat in drie onderdelen, namelijk:

- a. het verwaarlozen van de ambtsplichten;
- b. wangedrag of onzedelijk gedrag en
- c. handelingen, strijdig met de eer of de waardigheid van het ambt.

70 Voor deze paragraaf moge ik in het algemeen verwijzen naar een bespreking van het Tuchtrecht voor Notarissen van de hand van notaris H.J. Nipperus te Amsterdam en mij, in *WPNR* 5484 pp. 397-411.

Het wangedrag of onzedelijk gedrag valt op, aangezien hieraan niet de beperking is toegevoegd, dat een dergelijk gedrag, slechts indien het enige terugslag heeft of kan hebben op het ambt, tot een tuchtmaatregel kan leiden. Hiertegen is door Marchant⁷¹ reeds in 1915 geprotesteerd. Hij maakte in zijn preadvies melding van een schrijnend geval: notaris Van Dalsum uit Hulst was gestraft, omdat hij in het blad 'De Volkswil' kritiek had uitgeoefend op het beleid van de Minister van Binnenlandse Zaken.

Het eerste en derde 'verbod': 'het verwaarlozen van de ambtsplichten' en 'handelingen strijdig met de eer of de waardigheid van het ambt' lijken in elkaars verlengde te liggen. Het is moeilijk hier een scheidslijn te trekken. Wat wordt nu onder 'het verwaarlozen van de ambtsplichten' verstaan? In elk geval krachtens art. 73c het overtreden van de artikelen 73a en b van de Wet op het Notarisambt, die gaan over de vermogenstoestand en de boekhouding respectievelijk over het verbod geld ter leen of in bewaring te nemen tegen rente en zich borg te stellen. Overigens vinden we in de jurisprudentie weinig aanknopingspunten. Wel is een geval bekend⁷² van een notaris, die zich niet hield aan een aanwijzing van de voorzitter van de Kamer van Toezicht.

Wat meer jurisprudentie is te vinden over handelingen 'strijdig met de eer of de waardigheid van het ambt'. Daaronder vallen: het meewerken aan het op slinkse wijze in het leven roepen van een NV, een overtreding van het Besluit Deviezenblokkering en het uitschrijven van een te hoge declaratie.⁷³ Verder treffen we hier zogenaamde 'circulaires' aan, die talrijke gedragingen bevatten, waarover hetzij de Kamer van Toezicht⁷⁴, hetzij het Hoofdbestuur van de Koninklijke Notariële Broederschap zich in afkeurende zin uitlaten. Bovendien geeft het Hoofdbestuur nog richtlijnen uit voor collegiale verhoudingen. Deze op schrift gestelde 'gedragsvoorschriften' gelijken sterk op de 'Ereregelen voor de Advocaten': ook hier kunnen de ereregelen (gedragsvoorschriften) slechts bedoeld zijn als aanknopingspunten, richtlijnen voor de leden. Overigens treffen we bij de notarissen, net als bij de advocaten de minder juiste omschrijvingen van het verboden gedrag aan. Ik geef de voorkeur aan, zoals in het vorig onderdeel betoogd, de term 'te kort schieten in de zorg ...'!

Uit het geciteerde artikel 50c van de Wet op het Notarisambt blijkt, dat in deze wet straf- en tuchtrecht nadrukkelijk van elkaar zijn geschei-

71 H.P. Marchant, Preadvies over 'de regeling van het toezicht op het notariaat en de toepassing daarvan' voor de Broederschap van Candidaat-Notarissen, in Nederland en zijne Koloniën 's Gravenhage 1915, p. 10/11.

72 Hof Amsterdam, 3 januari 1934 W 12702 p. 2/3.

73 HR 29 oktober 1942 NJ 1942 - 812.

HR 7 september 1948 NJ 1948 - 572.

HR 1 november 1956 NJ 1956 - 670.

74 Vgl. K. Abma, *De stormbal*, 50 jaar Kamer van Toezicht, een bundel circulaires van de Kamers van Toezicht op de notarissen en candidaat-notarissen, Wageningen 1954.

den. Er is een lange reeks bepalingen opgenomen, waarop via strafrechtelijke weg kan worden gereageerd. Men denke hierbij vooral aan bepalingen van formele aard, zoals bijvoorbeeld verzuimen bij het invullen en bewaren van akten. Op de naleving van deze bepalingen moet de Officier van Justitie toezien. Zonodig stelt hij een vervolging in — en dit is uitzonderlijk — bij de burgerlijke rechter.⁷⁵ De overige handelingen, die voldoen aan de omschrijving van art. 50c, kunnen tuchtrechtelijk worden afgedaan, ook indien deze handelingen strafrechtelijke overtredingen uit andere wetten betreffen.

In het systeem van het notarissentuchtrecht lijken dubbele vervolgingen te zijn uitgesloten. Maar dat geldt slechts voor die strafrechtelijke overtredingen, die in de Wet op het Notarisambt zijn opgenomen. De overige strafrechtelijke overtredingen kunnen wel degelijk én straf- én tuchtrechtelijk worden afgedaan. Alleen het huidige art. 51 Wet op het Notarisambt stelt de strafrechter in de gelegenheid om zich onmiddellijk over de tuchtrechtelijke kant van de medaille uit te laten, maar het is de vraag, wat de juridische betekenis van een dergelijke beslissing is.⁷⁶

Theoretisch is het onderscheid, dat de Wet op het Notarisambt maakt tussen het straf- en tuchtrecht, juist: in het strafrecht zijn die bepalingen opgenomen, die niet logischerwijs betrekking hebben op een gedrag van een goed funktionerende notaris. Er blijkt echter niet van een daadwerkelijk toezicht door het Openbaar Ministerie, zodat het wellicht toch aanbeveling zou kunnen verdienen de strafrechtelijke sankties op de bepalingen af te schaffen. Maar dan moet men weer oppassen, dat niet weer — zoals nu nog bij de advocaten — het bezwaar om de hoek komt kijken, dat de notarissen alléén de naleving controleren op bepalingen, die door hen worden vastgesteld. Zolang een Orde van Notarissen met verordenende bevoegdheid nog niet funktioneert en zolang in het tuchtcollege buitenstaanders zijn opgenomen, is dit niet in die mate aan de orde als bij de advocaten.

Ook in het tuchtrecht voor notarissen komt derhalve, naast een (vage) aanduiding van de norm, een reeks gecodificeerde bepalingen voor, die ten dele zelfs tot het strafrecht blijken te behoren. De richtlijnen van de Kamers van Toezicht zijn in die mate te vergelijken met de Ereregelen van de advocaten, dat we hier een gelijke belangstelling voor de codificatie aantreffen als bij de advocaten. Maar ook hier is de *ongeschreven* norm het uitgangspunt voor dit tuchtrecht.

75 Art. 54 Wet op het Notarisambt.

76 Vgl. de notitie van P.T. Smit naar aanleiding van het Hof 's-Gravenhage, 18 oktober 1950, WPNR 4321, p. 543.

3.3 Opzet en schuld

3.3.1 Literatuur

‘Opzet is nooit een element van het tuchtvergriep. Zelfs aanwezigheid van schuld is gewoonlijk voor tuchtrechtelijke bestraffing geen vereiste. Wil of kan een groepslid zich niet aanpassen aan het belang van de groep, dan wordt hij uiteindelijk uit de groep verwijderd, ook indien zijn aanpassingsvermogen door andere dan aan zijn schuld te wijten invloeden is afgestompt’. Aldus A.W. Kamminga,⁷⁷ die hiermee een radicaal antwoord geeft op de vraag, of in het tuchtrecht voor een negatieve sanktie opzet of schuld bij de dader is vereist. Verpaalen is het blijkbaar met deze visie eens; hij noemt het één van de bijzonder aantrekkelijke kanten van het tuchtrecht, dat daar de regel ‘geen straf zonder schuld’ niet geldt.⁷⁸ Het gaat er volgens Verpaalen uitsluitend om, of een bepaald feit is gebeurd of niet. Dit is, volgens Kelk, ook te verdedigen, voor zover het belang van een correcte beroepsuitoefening voorop staat: dan mag immers de gemeenschap niet met incapabele chirurgen of advocaten worden opgescheept.⁷⁹

De meningen van de schrijvers over de vraag, of opzet dan wel schuld in het tuchtrecht is vereist, zijn echter niet eensluidend. Bovengenoemde schrijvers, maar ook Rang,⁸⁰ Ras⁸¹ en Van Nispen tot Sevenaar⁸² achten het in principe mogelijk, dat er tuchtrecht bestaat, waar dit beginsel niet geldt.

Daartegenover staan velen, die een andere mening zijn toegedaan. Zo bijvoorbeeld Røling, die stelt, dat zowel het straf- als het tuchtrecht, met straffen en maatregelen het algemeen welzijn dienen en daarom trekt hij ook de overeenkomst tussen straf- en tuchtrecht op dit punt door: in beide gebieden geldt zijns inziens het beginsel ‘geen straf zonder schuld’.⁸³ Taat, die het tuchtrecht als een onderdeel ziet van het strafrecht ‘in algemene zin’, acht schuld het beginsel van dat strafrecht. Niemand zou tuchtrechtelijk strafbaar zijn, als aan hem het ten laste gelegde redelijkerwijze niet toegerekend kan worden.⁸⁴ Sanders stelt, dat in het medisch tucht-

77 A.W. Kamminga, Tuchtrecht, preadvies Calvinistische Juristenvereniging, s. 1., 1949, p. 6.

78 Verpaalen, *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereeniging* deel 2, p. 110/111.

79 Kelk, a.w., p. 250.

80 Rang, t.a.p., 1975, p. 112.

81 Ras, t.a.p., p. 83.

82 C.M.O. van Nispen tot Sevenaar, Over het wezen van den disciplinaire maatregel, *Tijdschrift voor Strafrecht*, XLV, (1935), p. 17 e.v.

83 B.V.A. Røling, Is het wenschelijk, dat verband wordt gelegd tusschen de verschillende maatregelen naar aanleiding van een zelfde feit, te nemen door den strafrechter en andere bij of krachtens de wet ingestelde organen? Zoo ja, op welke wijze ware dit verband te regelen? I. Preadvies, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1936, eerste stuk, pp. 48-50.

84 Taat, a.w., p. 57.

recht het opleggen van een maatregel, welke voor de betrokkene leed betekent, niet past, indien hem geen enkel verwijt zou treffen.⁸⁵

Röling, Sanders en F. Langemeijer wijzen er nog op, dat aan groepsleden andere eisen kunnen worden gesteld, dan aan leden van de maatschappij: Röling: 'wat schuld is in de groep, behoeft nog niet schuld te zijn in de gemeenschap',⁸⁶ Sanders stelt, dat voor het groepslid een zwaardere maatstaf mag worden aangelegd dan voor de doorsnee-burger⁸⁷ en ook F. Langemeijer is de mening toegedaan, dat er in het tuchtrecht sprake is van een *ander* verwijt dan in het strafrecht.⁸⁸

Tot slot is vermeldenswaard de opmerking van Taat, dat onderscheid gemaakt dient te worden tussen ontslag als tucht*straf* en ontslag als tucht*maatregel*.⁸⁹ Daarbij gebruikt Taat de termen 'straf' en 'maatregel' kennelijk in hun oorspronkelijke betekenis.

3.3.2 De begrippen opzet en schuld

In de literatuur spitst zich de discussie meestal toe op de vraag of *schuld* als noodzakelijk vereiste voor een tuchtrechtelijke overtreding dient te worden beschouwd. Het *opzet* valt meestal buiten de besprekingen. Het lijkt onbetwist, dat opzet over het algemeen genomen niet noodzakelijk is. Ook naar mijn mening is dit niet het geval. Gelet op de norm 'te kort schieten in de zorg, die een goed groepslid in acht dient te nemen' is het niet noodzakelijk 'opzettelijk' te kort te schieten. Tenminste niet, wanneer we het opzet beschouwen, zoals we dat ook in het strafrecht doen: wetens en willens.⁹⁰ Het lijkt zelfs de vraag of culpa een vereiste is. Dit laat overigens en uiteraard onverlet de mogelijkheid, dat bij specifiek omschreven verboden gedragingen in het tuchtrecht toch wél opzet dan wel culpa wordt vereist. Ook, en dit is een veelal 'vergeten' invalshoek, is het niet onmogelijk, dat een bepaalde gedraging, wanneer die doleus wordt gepleegd wél en als culpeuze daad niét getuigt van het te kort schieten in de zorg, die een goed groepslid betaamt.

Een voorbeeld: een arts vergeet, ondanks belofte, een overigens niet zwaar zieke patiënt te bezoeken. Geen sprake van opzet. Maar weldegelijk van culpa, van schuld in de betekenis van onachtzaamheid. Toch zal men in een dergelijk geval wellicht niet tot de conclusie komen, dat de arts op tuchtrechtelijke relevante wijze te kort schiet in de zorg, die hij behoort te hebben jegens zijn patiënten. Bij een opzettelijk niet bezoeken van de pa-

85 Sanders, a.w., p. 81.

86 Röling, a.w., p. 50.

87 Sanders, a.w., p. 81.

88 F. Langemeijer, a.w., p. 140.

89 Taat, a.w., p. 57; vgl. ook pp. 45-48.

90 W. Nieboer, *Wetens en willens*, Arnhem 1978.

tiënt ligt de zaak echter ernstiger: hier kan men wél spreken van een tekort. Bewust is hier gesproken van een niet zwaar zieke patiënt. Want is de patiënt wél ernstig ziek, dan levert ook het culpoos niet bezoeken van die patiënt een tekort op. Derhalve kan het wel van belang zijn, of een gedraging culpoos dan wel opzettelijk is gepleegd. Maar men kan geen algemene regel stellen, dat opzet of culpa voor een (abstracte) overtreding van het normenstelsel is vereist. In zijn algemeenheid blijkt dit niet vereist.

Het gaat ons hier in hoofdzaak niet over schuld in de betekenis van 'culpa'. De term 'schuld' heeft in het strafrecht vele betekenissen. Thans wordt bedoeld op schuld in de zin van verwijtbaarheid. Moet aan de dader zijn gedrag te verwijten zijn, om tuchtrechtelijk te kunnen reageren? Hieronder zal eerst worden ingegaan op het schuldvereiste in de rechtsgebieden, die de beide polen van het tuchtrecht vormen, namelijk het verbintenissenrecht en het strafrecht.

3.3.3 Is voor een civielrechtelijke sanktie in het verbintenissenrecht schuld vereist?

Een verbintenis kan worden ontbonden, wanneer één der partijen niet aan haar verplichtingen voldoet. De ontbinding moet in rechte worden gevraagd. Maar die rechterlijke tussenkomst is volgens Rutten alléén nodig, als de niet-nakoming aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Want als de nakoming van een uit een wederkerige overeenkomst ontstane verbintenis blijvend belemmerd wordt door overmacht, vervalt daardoor van rechtswege de verplichting van de wederpartij.⁹¹ Dus wanneer de nakoming van een overeenkomst⁹² op niet toerekenbare wijze onmogelijk is geworden, doet men alsof er geen overeenkomst was gesloten.

'Overmacht' levert in het civiele recht niet een dogmatische uitwerking als in het strafrecht op. Rutten zegt, dat de schuldenaar zich op overmacht kan beroepen in geval van een buiten zijn schuld ontstane en niet voor zijn risico komende verhindering van nakoming.⁹³ Het nieuwe BW zegt het als volgt:

6.1.8.1. lid 1: Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.

6.1.8.2. : Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet,

91 Asser-Rutten II (*Algemene leer der overeenkomsten*) Zwolle 1979, pp. 309-312. Asser-Rutten I (*De verbintenis in het algemeen*) Zwolle 1978, p. 270.

92 Als het overigens een wederkerige overeenkomst is, niet zijnde koop.

93 Asser-Rutten I, p. 246.

rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.⁹⁴

Overmacht blijkt dus inderdaad te worden opgevat als alomvattende term voor elke situatie, waar van *afwezigheid van schuld*⁹⁵ sprake is, behalve wanneer het risico op de schouder van de schuldenaar ligt, bijvoorbeeld doordat dat in de overeenkomst is bepaald.

Formeel kan derhalve bij het ontbreken van schuld niet worden gesproken over een sanktie. Maar een ontbinding van een overeenkomst kan onder omstandigheden wel degelijk als een (negatieve) sanktie worden opgevat. De (gewenste) relatie tussen de twee partijen wordt verbroken. De overeenkomst is destijds aangegaan met een bepaald doel, dat nu niet kan worden verwekelijkt. Dit kan aan een partij het gevoel geven, dat zij, ondanks het feit, dat zij er niets aan kon doen (er is immers sprake van overmacht), 'gestraft' wordt, althans er 'minder' van wordt.

3.3.4 Is voor een strafrechtelijke sanktie schuld vereist?

'Geen straf zonder schuld' is een belangrijk beginsel in het strafrecht. De HR heeft hiervan in zijn bekende Water- en Melkarrest⁹⁶ met zoveel woorden melding gemaakt. Schuld dient hier te worden gelezen als een ander woord voor verwijtbaarheid, waarbij derhalve de vraag aan de orde is, of de verdachte de reële mogelijkheid heeft gehad het strafbaar gestelde, dus strafwaardig vergrijp, al of niet te vermijden.⁹⁷

Strafrechtjuristen spreken in dit verband van de schuld-uitsluitingsgrond a.v.a.s., dat staat voor *afwezigheid van alle schuld*, waarbij men de tweede a wel tussen haakjes kan zetten. Het gaat hier niet over verwijt in ethische, doch in juridische zin. De strafrechtelijke verwijtbaarheid ontbreekt, wanneer het gedrag, gelet op alle omstandigheden en in acht genomen 's daders persoonlijkheid, onverwijtbaar is.⁹⁸ Onverwijtbaar gedrag houdt niet in alle gevallen in, dat strafrechtelijk niet ingrijpend kan worden gereageerd. Men denke hierbij aan hetgeen in hoofdstuk 1, paragraaf 1.4.3 is opgemerkt over straffen en maatregelen. Wanneer de onverwijtbaarheid zijn oorzaak vindt in de psychische gesteldheid van de dader, kan

94 Wet van 9 mei 1980, *Stb.* 432.

95 Zie over de opvattingen hierover: Asser-Rutten I, p. 240 e.v.

Vgl. over het schuldbegrip in civilibus ook: P.A. Stein, De ontwikkeling van het schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige daad, *NJB*, 1980, i.h.b. pp. 711-713.

96 HR 14 februari 1916 *NJ* 1916, p. 681 *W* 9958.

97 D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, bewerkt door J. Rummelink, Groningen 1975, p. 200.

98 H. de Doelder en G.A.M. Strijards, t.a.p. p. 248/249 en H. de Doelder en A.C. 't Hart, Ontkenning van schuld en verontschuldiging bij verkeersovertredingen, *VR* 1979, p. 26.

— wanneer het belang der openbare orde dit bepaaldelijk vordert — een vrijheidsbenemende maatregel (t.b.r.) worden opgelegd. Een ‘maatregel’ dient dan niet als ‘straf’ te worden beschouwd. De straf is oorspronkelijk en in theorie repressief, terwijl een maatregel met een preventief oogmerk zou worden opgelegd. Voor een ‘straf’ is ‘schuld’ nodig, voor een ‘maatregel’ niet.⁹⁹ Daar gaat het om ‘gevaar’.

Slechts wanneer een daad niet aan de dader kan worden toegerekend op grond van buiten zijn psychische gesteldheid liggende factoren, zoals bijvoorbeeld in het Water- en Melkarrest, waar de knecht niet wist en niet behoefde te weten, dat hij waterige melk verkocht, dan heeft het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ ook tot gevolg, dat geen straf of vrijheidsbenemende maatregel wordt opgelegd. Zowel voor misdrijven als voor overtredingen is in zijn algemeenheid voor een strafrechtelijke sanktie schuld vereist.

3.3.5 *Ander schuldbegrip in het tuchtrecht?*

We herinneren ons de waarschuwingen van Röling, Sanders en F. Langemeijer, dat er in het tuchtrecht sprake zou zijn van een ander schuldbegrip dan in het strafrecht.¹⁰⁰ In het tuchtrecht zou men eerder tot de conclusie kunnen komen, dat de dader verwijtbaar heeft gehandeld, dan in het strafrecht. Dit zou met zich meebrengen, dat een beroep op een strafuitsluitingsgrond in het tuchtrecht minder snel zou kunnen worden gehonoreerd. Men zou zwaardere maatstaven moeten nemen. F. Langemeijer meent zelfs, dat in dit ‘andere verwijt’ de basis zit voor de rechtvaardiging van dubbele berechtingen, dat wil zeggen: straf- naast tuchtrecht.¹⁰¹

Tegen het hanteren van dit andere schuldbegrip rijzen belangrijke bezwaren. Het is evident, dat de vraag of iets aan iemand kan worden verweten, dient te worden gerelateerd aan de vraag over welke regel- of normovertreding het gaat. Hiermee een dubbele berechting te verklaren of zelfs te rechtvaardigen, lijkt mij te simplistisch: is het bijvoorbeeld niet mogelijk, dat het ene schuldverwijt het andere impliceert? Óf zou het tuchtrechtelijk schuldverwijt steeds dusdanig anders zijn, dat het volkomen los staat van de strafrechtelijke schuld?

Wél is het zeer goed denkbaar, dat wanneer het strafrecht toetst, of het aan een verpleegster te verwijten valt, dat zij een verkeerde injectievloeistof aanreikte (waardoor de patiënt overleed), het oordeel enigszins anders uitvalt, dan wanneer (gesteld dat dat zou bestaan) een tuchtrecht

99 Voor de maatregel ‘onttrekking aan het verkeer’ is zelfs geen ‘dader’ nodig; wél dient te worden voldaan aan het gevaarscriterium.

100 Zie noten 86, 87 en 88.

101 F. Langemeijer, a.w., p. 140.

voor verpleegkundigen ditzelfde feit zou toetsen. Het is immers denkbaar, dat de 'bijkomende zorgvuldigheidsnorm' aan het groepslid extra hoge eisen stelt. Maar dit hoeft niet per se zo te zijn, zie bijvoorbeeld het verpleegstersarrest, waar de rechtbank 'in de sfeer van de verpleegkundigen' kruipt, om tot haar oordeel te komen:¹⁰²

dat de Rb. en dus ook het Hof uit de gebezigde bewijsmiddelen, gelet met name op de opleiding van requirante, den aard van de werkzaamheden die door haar werden verricht met het oog op verdoving ter gelegenheid van een operatieven ingreep alsmede haar wetenschap omtrent het vertrouwen dat in haar moest worden gesteld en omtrent het ontbreken van contrôle door de andere zuster en door den chirurg, hebben kunnen afleiden, dat requirante aanmerkelijk is te kort geschoten (! dD) voor wat betreft de op haar rustende plicht om de nodige oplettendheid te betrachten en dat de handelwijze van requirante mitsdien getuigde van een mindere of meerdere mate van grove onoplettendheid, opleverende schuld in de zin van art. 307 Sr.

Het strafrechtelijk verwijt wordt hier gebaseerd op het functioneel te kort schieten en verschilt hoogstens gradueel met een eventueel tuchtrechtelijk verwijt. Uiteraard zal op terreinen, waar straf- en tuchtrecht elkaar niet overlappen, het tuchtrechtelijk verwijt een duidelijke eigen kleur krijgen, bijvoorbeeld wanneer een arts de telefoon door zijn (als serieus bekend staande) assistente laat aannemen, die echter een dringend verzoek om hulp niet aan de arts doorgeeft, (mede) waardoor de betreffende patiënt overlijdt. In dit geval zal aan de arts zeker geen 'dood door schuld' ex art. 307 Sr. kunnen worden verweten. Maar blijft hij ook tuchtrechtelijk van een straf verschoond? Dan immers wordt getoetst aan het criterium 'te kort schieten in de zorg' en men zou zich kunnen voorstellen, dat het *nu* wél tot een veroordeling komt: het kan tot de risico-sfeer van de arts behoren, dat hij zijn assistente goed instrueert en controleert, als zij immers namens hem handelt.

3.3.6 Is voor een tuchtrechtelijke sanktie schuld vereist?

In het strafrecht geldt het beginsel 'geen straf zonder schuld'. Ook in het verbintenissenrecht is het bij afwezigheid van schuld in het algemeen — afgezien van risico-aansprakelijkheid — niet mogelijk schadevergoeding te verkrijgen. De overeenkomst wordt dan, wegens 'overmacht', van rechtswege als ontbonden beschouwd. Het verschil tussen het strafrecht en verbintenissenrecht is in dit geval, dat in dit laatste recht de uitstoting ook kan plaatsvinden, indien het niet-handelen van de betrokkene geheel niet-

102 HR 19 februari 1963 NJ 1963 — 512.

verwijtbaar is. Immers wanneer in het strafrecht een niet-verwijtbare handeling wordt gepleegd, kan niet met een uitstoting als straf worden gereageerd (evenwel bij een psychische stoornis wel met een uitstoting als maatregel).

Hoe is dit nu in het tuchtrecht? Laten we eerst het 'contractuele' tuchtrecht met het verbintenissenrecht vergelijken. Wanneer een groeps-lid hier buiten zijn schuld blijvend niet aan zijn verplichtingen kan voldoen, dan zou, wanneer we een parallel trekken, ook de groep van zijn verplichtingen zijn ontslagen. Van een schadevergoeding (bijv. boete) kan geen sprake zijn. Maar de groep behoeft de tegenpartij niet langer als 'lid' te accepteren: zij zou van rechtswege van haar verplichtingen zijn ontslagen. Overigens hoeft dit niet in alle gevallen als een tuchtrechtelijke sanktie te worden gekwalificeerd. Wanneer er bijvoorbeeld sprake is van een ontslag op staande voet, zijn er grensproblemen te signaleren: onder omstandigheden kan zo'n ontslag slechts een 'civiele sanktie', doch daarmee nog niet een 'tuchtrechtelijke sanktie' opleveren.

Het tuchtigingsrecht kan het beste met het strafrecht worden vergeleken. Dit brengt mede, dat *hier* niet-verwijtbare gedragingen in het geheel niet voor een tuchtrechtelijke straf in aanmerking komen. Wanneer een gedetineerde bijvoorbeeld na 10 uur, in strijd met de voorschriften, nog de radio aanheeft (gesteld dat deze per cel in- en uit te schakelen is) en dit komt, doordat hij van een bewaarder op dit punt een onjuiste informatie had verkregen, dan kan hij niet worden gestraft. Wanneer een dergelijk vergrijp door een psychisch gestoorde dader is begaan, dan kan deze wel bij wijze van een maatregel worden overgeplaatst naar een andere inrichting (bijvoorbeeld naar het penitentiair ziekenhuis).

Wat nu met het (wettelijk) 'beroepen'-tuchtrecht? Van geheel vrijwillige intrede was geen sprake. Het is te situeren tussen het verbintenissenrecht en het strafrecht. Met Kelk zal men het eens kunnen zijn, dat de gemeenschap niet met incapabele chirurgen of advocaten kan worden opgescheept,¹⁰³ ook al kunnen zij er 'niets aan doen', met andere woorden: ook al is hen persoonlijk niets te 'verwijten'. Men denke hierbij bij wijze van voorbeeld aan de advocaat met aderverkalking. Maar is hier dan wel iets bijzonders aan de hand? Net zoals in het verbintenissenrecht en in het strafrecht zal hier dusdanig gereageerd kunnen worden, dat de aan aderverkalking lijdende advocaat niet meer kan praktiseren. De vraag of het adagium 'geen straf zonder schuld' geldt voor het wettelijk tuchtrecht, speelt eerst, indien er geen sprake is van een stoornis in de persoon van de dader en een gedrag toch niet aan hem kan worden verweten. Kan de arts, die te laat komt bij een patiënt, ondanks uitdrukkelijke beloften, met alle gevol-

103 Zie noot 79.

gen van dien, nu worden gestraft, wanneer zijn te laat komen te wijten is aan een onverwachte weg-afsluiting? Dit lijkt mij een volslagen ondenkbare zaak.

Ook in het 'beroepen'-tuchtrecht dient er, gelet op de belangen die op het spel staan, voor een straf wel degelijk sprake te zijn van een verwijtbare handeling. Is dit niet eerder 'een van de aantrekkelijke kanten' van het tuchtrecht?

Resumerend: afgezien van de psychische stoornis is het slechts bij het 'meest vrijwillige' tuchtrecht mogelijk, dat zonder verwijtbaarheid toch wordt gereageerd met uitstoting van het groepslid. Dan dient overigens de gedraging hiertoe wel aanleiding te geven: dit zal in de praktijk wel mee-, of zo men wil, tegenvallen. Immers zonder schuld is alleen uitstoting (de overeenkomst is ontbonden) mogelijk: maar sankties, waarbij voor het overige de relatie van het individu tot de groep in stand blijft, zoals geldboete of een schorsing voor bepaalde tijd, zijn dan niet mogelijk. Wanneer een biljartspeler te laat verschijnt voor de wedstrijd, omdat hij vast zat in een file, dan zal er wel niet gelijk met de botte bijl kunnen worden gehakt, omdat er van blijvende verhindering geen sprake is. Maar als hij telkenmale niet verschijnt, omdat hij is verhuisd naar Engeland, dan is het toch mogelijk, dat de groep de betrokkene van de ledenlijst schrapt.

Overigens geldt in het gehele tuchtrecht, net zoals in het strafrecht, het beginsel 'geen straf zonder schuld'. Wel dient men erop bedacht te zijn, dat tegen lieden met een psychische stoornis wel met een uitstoting kan worden opgetreden.

Een en ander brengt met zich mede, dat het zich beroepen op een, wat we in het strafrecht noemen 'strafuitsluitingsgrond' derhalve ook in het tuchtrecht zeer relevant kan zijn!

3.4 Rechtsmacht van de tuchtrechter

In het eerste hoofdstuk kwamen we tot de conclusie, dat het tuchtrecht 'groepsrecht' genoemd kan worden. Een lid van een bepaalde groep is onderworpen aan het tuchtrecht. Wanneer is men groepslid? Is een groepslid alleen tuchtrechtelijk verantwoordelijk voor die gedragingen, die hij *tijdens* zijn behoren tot die groep stelde? Moet hij, op het moment van de gewraakte handeling 'in functie' zijn geweest, met andere woorden: moet hij *als groepslid* hebben gehandeld? Onderworpen aan het Nederlandse strafrecht is, behoudens uitzonderingen, in principe iedere handeling, die op Nederlands grondgebied gepleegd wordt. Als uitbreiding van dit territorialiteitsbeginsel kan de toepasbaarheid van het strafrecht ook afhankelijk zijn van de persoon, door wie het strafbare feit is gepleegd, of van de

aard van het feit zelf.¹⁰⁴ Het tuchtrecht kent meestal geen territorium in ruimtelijke zin (hoewel bijvoorbeeld campings, jachthavens, sociëteiten en wellicht ook voetbalclubs toch wel een territoir hebben). Het ligt daarom het meest voor de hand, dat een groep uitgaat van de personaliteit, van het behoren tot de groep. Dit is in het tuchtrecht dan ook het centrale beginsel.

3.4.1 *Wanneer is men groepslid?*

De vraag, wanneer men lid is van een bepaalde groep, is gemakkelijker gesteld dan beantwoord. Voor die groepen, waartoe men slechts kan behoren na een (vrijwillig) 'contract' daartoe gesloten te hebben, is dit geen probleem (men denke hierbij bijvoorbeeld aan het lidmaatschap van de hobbyvereniging). Ook het tuchtigingsrecht zal nauwelijks problemen kunnen oproepen; door het geheel *onvrijwillige* karakter van het verblijf in een groep, is een dergelijke toestand in de regel eenvoudig te constateren!

Meer problemen levert het wettelijke beroepentuchtrecht op. Wanneer wordt men geacht 'geneeskundige' te zijn en uit dien hoofde onderworpen aan de Medische Tuchtwet? Onmiddellijk na het behalen van het artsendiploma, of eerst nadat men ook daadwerkelijk de geneeskunde uitoefent? En wat als men na het verlaten van de praktijk een geheel andere functie heeft aanvaard? Sanders¹⁰⁵ maakt melding van tegenstrijdige beslissingen op dit punt en vervolgens van een uitspraak van de HR 30 juni 1939 (Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde, 1939, 4782):

'dat toch in verband met de geschiedenis van die wet en met haar aanhef, volgens welke zij de strekking heeft nadere regelen te geven ten aanzien van de uitoefening der geneeskunst, onder "geneeskundige" in artikel 1 dier wet niet is te verstaan een ieder, die de bevoegdheid bezit de geneeskunst uit te oefenen, maar alleen de geneeskundige, die deze kunst inderdaad uitoefent'.

Derhalve is die arts, die daadwerkelijk praktijk uitoefent, geneeskundige in de zin van de Medische Tuchtwet. Overigens dient 'praktijk' in dit verband ruim te worden uitgelegd: ook bijvoorbeeld controlerende geneesheren oefenen de geneeskunst uit. Artikel 10 lid 3 van de Medische Tuchtwet bepaalt, dat het neerleggen van de 'praktijk' in principe geen beletsel is voor een tuchtrechtelijk optreden.

Vermeldenswaard is een beslissing van het Medisch Tuchtcollege te Amsterdam,¹⁰⁶ waarin werd uitgemaakt, dat een Engelse anaesthesist, die

104 Hazewinkel-Suringa/Rommelink, a.w., p. 452.

105 Sanders, a.w., p. 28 e.v.

106 MT Amsterdam, 3 oktober 1978, *Gezondheidsrecht* 79/4 nr. 76.

voor veertien dagen in een Nederlands ziekenhuis werkte, zonder toelating tot uitoefening van de geneeskunst aangevraagd te hebben, onder het begrip 'geneeskundige' van de Medische Tuchtwet valt. Voor deze beslissing is derhalve een materieel en geen formeel criterium gehanteerd: gelet op de omstandigheden werd de Engelse arts gelijkgesteld aan zijn Nederlandse collegae: ook een 'gast'-lid kan te kort schieten in de zorgplicht; formele beletselen behoren hieraan niet in de weg te staan.

De positie van buitenlandse advocaten, voor zover zij werkzaam zijn in een land, dat behoort tot de Europese Gemeenschap, is sinds kort wettelijk geregeld. Het tuchtrecht is op hen uitdrukkelijk toepasbaar verklaard.¹⁰⁷ Dit houdt in, dat wanneer een 'bezoekende' advocaat hier in Nederland werkzaamheden verricht, hij tot de 'groep' behoort.

Voor de notaris kan met een formeel criterium worden volstaan. Men kan bij Koninklijk Besluit tot notaris worden benoemd, indien men aan de eisen van artikel 10 van de Wet op het Notarisambt voldoet. Slechts degenen, die op deze wijze tot 'notaris' zijn benoemd, zijn onderworpen aan het tuchtrecht. Het optreden van buitenlandse notarissen in Nederland lijkt niet voor de hand te liggen. Wanneer iemand is afgestudeerd in de notariële studierichting is hij daarmee 'kandidaat-notaris'. De tuchtbepalingen van de Notariswet zijn echter niet rechtstreeks op de kandidaten van toepassing: krachtens art. 50 lid 2 is er wel toezicht over de kandidaat-notaris, doch dit toezicht bestaat uit het houden van aantekeningen tot het verkrijgen van de nodige gegevens omtrent de aanspraken, die de kandidaat-notaris kan doen gelden op een benoeming tot notaris. We kunnen aannemen, dat hier slechts op die kandidaten wordt gedoeld, die 'eene betrekking ten kantore van een notaris' hebben aanvaard.¹⁰⁸

3.4.2 *Faits antérieurs*

Onder faits antérieurs¹⁰⁹ worden verstaan die handelingen, die de betrokkene pleegde, vóórdat hij tot de betreffende groep of categorie behoorde. In dit verband kan eerst worden gewezen op art. 5 lid 2 van het Wetboek van Strafrecht, dat gelezen moet worden als een uitbreiding van gevallen genoemd in lid 1, onder ten 2^e: 'De vervolging kan ook plaats hebben, indien de verdachte eerst na het begaan van het feit Nederlander wordt'.

Geldt een dergelijke regeling nu ook voor het tuchtrecht? Enerzijds is er veel voor te zeggen, dat wat vóór het 'lidmaatschap' is geschied, niet van belang is voor de groep. Pas op het moment van intrede wordt de betrokkene voor het betreffende tuchtrecht interessant, maar niet met

¹⁰⁷ Zie *Advocatenblad* 1979, pp. 84-86.

¹⁰⁸ Vgl. art. 20 b Wet op het Notarisambt.

¹⁰⁹ Taat, a.w., p. 21/22.

terugwerkende kracht.¹¹⁰ Anderzijds is het denkbaar, dat de groep nader wil overwegen, of het nieuwe lid wel in de groep kan blijven (er van uitgaande, dat de groep op het moment van intrede niet op de hoogte was van de te wraken feiten). Dit doet dan ernstig denken aan art. 1364 BW, waarin is bepaald, dat *bedrog* een grond tot vernietiging van een overeenkomst oplevert, wanneer dat bedrog van dien aard is, dat het klaarblijkelijk is, dat de andere partij zonder die kunstgrepen de verbintenis niet zou hebben aangegaan. Net zoals in het verbintenissenrecht bedrog eventueel een grond oplevert voor vernietiging van de overeenkomst, past in het tuchtrecht als reactie wel een opzegging van het lidmaatschap. Met Taat kan de mening worden gedeeld, dat in dit verband na het bedrog slechts verwijdering uit de groep denkbaar is.¹¹¹ Dit geldt zeker voor het tuchtrecht, dat sterk verwant is aan het civiele recht, alwaar gesproken wordt over vernietiging van de overeenkomst. Alleen, wanneer men het bedrog of het verzwegen feit niet ernstig genoeg vindt om tot uitstoting over te gaan, zou men een constructie moeten bedenken om een minder verregaande straf op te leggen. Theoretisch is dat echter niet zo sterk: wanneer het verzwijgen een dergelijke sanktie niet zou rechtvaardigen, dan zou men het moeten laten rusten.

Verwijdering uit de groep wegens 'bedrog', namelijk het verzwijgen van een *fait antérieur*, is ook denkbaar in het wettelijk tuchtrecht, dat in dit opzicht weer gelijkenis kan vertonen met het verbintenissenrecht. Als voorbeeld kan worden gewezen op artikel 9 van de Advocatenwet:

De raad kan gedurende één jaar nadat de advocaat is beëdigd, beslissen of hij van het tableau zal worden geschrapt, wanneer hetzij de advocaat de raad of het hof van discipline zo onjuiste of onvolledige inlichtingen heeft verstrekt, dat hij, ware de juiste toedracht van zaken de raad of het hof van discipline bekend geweest, niet tot de beëdiging zou zijn toegelaten, hetzij de advocaat zich in het tijdvak tussen het verzoek tot inschrijving en de beëdiging aan een zo ernstige misdrijving heeft schuldig gemaakt, dat hem, indien hij na de beëdiging zich daaraan zou hebben schuldig gemaakt, de straf van schrapping van het tableau zou zijn opgelegd.

Advocaten kunnen derhalve alsnog worden geschrapt. Bij artsen laat die toestand zich niet denken, aangezien men niet tot 'geneeskundige' benoemd kan worden.

110 De Pinto, (a.w., pp. 29-33) is er sterk tegen gekant, dat *faits antérieurs* te bestraffen zijn. Hij verbindt aan zijn stelling, dat men aan het disciplinaire toezicht is onderworpen, zodra de bepaalde hoedanigheid is verkregen, nog de vraag wanneer er sprake is van die hoedanigheid: na benoeming of moet installatie dan wel beëdiging worden afgewacht? De Pinto, die hier duidelijk aan ambtenaren denkt, beantwoordt de vraag in eerste zin. Een a.s. ambtenaar, die zich misdraagt, is immers compromitterend voor het corps.

111 Taat, a.w., p. 21. Dit duidt erop, dat een dergelijke verwijdering wellicht eerder als een eenvoudige civielrechtelijke ontbinding dient te worden opgevat, dan dat er hier sprake is van een tuchtrechtelijke straf. In elk geval is hier sprake van een grensprobleem. Het is denkbaar, dat procedureel gezien in beide gevallen de tuchtprocedure wordt toegepast, omdat deze een juiste weg bevat om tot een beslissing te komen, zodat men uit de wijze van procederen weinig kan afleiden.

Geconcludeerd kan worden, dat faits antérieurs in principe wel degelijk gevolgen kunnen hebben voor de betrokkene. De ernst van de (verzwegen) feiten dient dusdanig te zijn, dat deze een heroverweging van het 'lidmaatschap' rechtvaardigt.

3.4.3 *Fautes privées en fautes professionnelles*

In overeenstemming met Taat worden hier onder fautes privées verstaan die gedragingen, 'welke buiten de uitoefening van iemands functie als groepslid zijn gelegen en indirect de doelstelling van een groep kunnen schaden, in het bijzonder, doordat zij de achting voor het groepslid en de groep doen verminderen'. De tegenhangers hiervan zijn de fautes professionnelles, waaronder hij dan verstaat 'die vergrijpen, die een directe schending of verzaking vormen van de plichten, die het groepslid als zodanig in acht moet nemen'.¹¹²

Kunnen fautes privées nu aanleiding zijn voor een tuchtrechtelijke reactie? Volgens het Gerechtshof te Amsterdam in elk geval wel: het sprak namelijk uit:

28-1-75

dat ook handelingen, die een arts buiten verband met de geneeskunde of zelfs in een andere hoedanigheid verricht, in bepaalde gevallen en onder bepaalde omstandigheden het vertrouwen in de stand der geneeskundigen kunnen ondermijnen, met name wanneer zij blijken geven van een houding, een instelling en/of opvattingen onverenigbaar met die welke een geneeskundige behoort te hebben en die dan ook van hem worden verwacht.

De HR was het met deze opvatting eens, oordelende, dat het Hof hiermee:

aan het wettelijk begrip 'handelingen die het vertrouwen in de stand der geneeskundigen ondermijnen' geen onjuiste uitlegging heeft gegeven.¹¹³

Dit arrest gaat over het medisch tuchtrecht, waar het algemeen belang een belangrijke rol speelt. Men zou kunnen beredeneren, dat een arts, die (op

¹¹² Taat, a.w., p. 29 e.v.; zie hierover ook: J.F. Rang, Vijftig jaar Medische Tuchtwet, *Gezondheidsrecht*, 78/4 pp. 150-152.

¹¹³ HR 6 juni 1975, NJ 1975 - 475; zo bijvoorbeeld ook HR 13 oktober 1932 NJ 1932 p. 1533: 'dat nu ongetwijfeld de eer van den stand der advocaten of der procureurs evenzeer kan worden geschaad door hetgeen dezen als zoodanig verrichten, als door gedragingen, welke buiten de uitoefening hunner functies zijn gelegen, zoodat moet worden aangenomen, dat 's Raads taak (Raad van Toezicht en Discipline, schr.), voorzover zij bestaat in de zorg voor de eer van den stand, zich over laatstbedoelde gedragingen, althans mede daarover, uitstrekt;'.

één of andere manier) het vertrouwen in de stand van de medici doet verminderen, tuchtrechtelijk ter verantwoording moet kunnen worden geroepen. Maar *in wezen* gaat het in het beroepentuchtrecht er om, te bevorderen, dat de juiste zorg ten aanzien van cliënten wordt betracht. De hierboven genoemde uitspraak van hof en HR ging over een geval waarin de arts (naar haar zeggen niet als arts, doch als kinder-expert uit ideële motieven) rapporten over een (ex) patiënt verspreidde en tenslotte zelfs een KZ-verklaring ter tekening presenteerde aan de burgemeester, hoewel zij betrokkene reeds anderhalf jaar niet meer had ontmoet. In dit geval kan aan de HR worden toegegeven, dat (hoewel de arts dit bestreed) het medisch tuchtrecht van toepassing is, aangezien de arts haar wetenschap ontleende aan haar functie als arts. Dit wil echter niet zeggen, dat het niet van belang zou zijn, of de handeling als arts of niet als arts is verricht. Het tuchtrecht heeft niet tot taak de handel en wandel van funktionarissen na te gaan, doch slechts daadwerkelijke relaties tussen funktionarissen en hun cliënten. Het is echter wél zo, dat uit de letter van de huidige Medische Tuchtwet argumenten zijn te distilleren voor het (ruimere) standpunt van de HR doordat art. 1 wel uitdrukkelijk stelt, dat de arts tuchtrechtelijk ter verantwoording kan worden geroepen, doch alleen wanneer hij *in de uitoefening van de geneeskunst* blijk geeft van grote onkunde, terwijl deze beperking niet is gemaakt bij het criterium 'het ondermijnen van het vertrouwen in de stand'.

Ook in de Notariswet wordt gesproken over 'wangedrag of onzedelijkheid' los van de beroepsuitoefening (art. 50c Wet op het Notarisambt). Daarentegen kent de Advocatenwet (art. 46) uitdrukkelijk de beperking 'in de uitoefening van de praktijk begaan'. De vraag rijst echter, of de Advocatenwet niet weer een te 'eng' criterium heeft genomen ('in de uitoefening van de praktijk' zou enger kunnen worden opgevat dan 'als funktionaris te kort schieten in de zorgplicht'), hoewel er bij een wat ruime interpretatie van de toevoeging wel geen problemen zullen ontstaan.

Nogmaals: de vraag of ook fautes privées tuchtrechtelijk relevant kunnen zijn, dient te worden gerelateerd aan de norm, waaraan het lid zich heeft te houden. Deze norm is in het algemeen: 'te kort schieten in de zorg die van een funktionaris wordt verwacht'. In het wettelijk tuchtrecht wordt die zorg gekoppeld aan derden, aan cliënten en patiënten. Slechts wanneer een groepslid in deze verhouding te kort is geschoten, kunnen hem fautes privées tuchtrechtelijk worden verweten.

3.5 Andere materieel-rechtelijke vraagstukken

'Het is het ontbreken van scherp omschreven strafbare feiten met vaste strafposities, wat uitvoerige beschouwingen over daderschap, uitlokking

en medeplichtigheid in het tuchtrecht overbodig maakt'. Aldus terecht Taat.¹¹⁴

Het strafrecht is geneigd de rol van de verdachte breed uit te meten. Was hij dader van het delikt? (bijvoorbeeld medepleger, doen pleger of uitlokker). Was hij slechts in het stadium van de poging? Was hij alleen medeplichtig? In het tuchtrecht kunnen al deze personen, mits groeps-lid, door hun handelwijze de groepsnorm hebben overtreden. Zijn mate van bemoeienis met het litigieuze feit zal slechts relevant zijn voor het bepalen van de individuele strafmaat door de tuchtrechter.

In hoofdstuk 5 zal nader worden ingegaan op het ne bis in idem-beginsel en – in het verlengde daarvan – op de samenloop. Hier zal slechts nog in het kort worden ingegaan op de verjaring. In het strafrecht wordt dit immers ook onder materieel recht gerekend. Vaste verjaringstermijnen, zoals we in het strafrecht kennen, zijn er in het tuchtrecht niet. Het civiele recht kent als hoofdregel voor de verjaring, beschouwd als een middel om van een verplichting bevrijd te worden, een termijn van maar liefst dertig jaar (art. 2004 BW). In het commune strafrecht variëren de verjaringstermijnen van twee tot achttien jaar, al naar gelang de ernst van het vergrijp. Ik geloof niet, dat het zinvol is voor het tuchtrecht verjaringstermijnen te bepleiten: voor elk soort tuchtrecht zou dat een andere termijn dienen te zijn. Maar we mogen niet ontkennen, dat het in het tuchtrecht een zaak van gewicht is, te bezien hoeveel tijd er tussen de daad en de (mogelijke) berechting is verlopen. Dit tijdsverloop kan immers een reden zijn om hetzij de vervolging te staken, hetzij geen straf op te leggen. Het te goeder trouw-beginsel kan ertoe leiden, dat, indien de wederpartij kennis krijgt van een vergrijp, doch binnen een bepaalde termijn niet reageert, de dader erop mag vertrouwen dat van een reactie wordt afgezien. Zo wordt in een dergelijk geval ook van de strafrechter geëist zich reken-schap te geven van een 'redelijke termijn', zoals dat is verwoord in art. 6 VvR en art. 14 IV. Maar ook wanneer het vergrijp eerst tijden later wordt ontdekt, denke men voor het tuchtrecht aan verjaringstermijnen die, gelet op de belangen die dit recht beschermt, aanmerkelijk korter zijn dan de termijnen in het straf- en civielrecht.

¹¹⁴ Taat, a.w., p. 58.

4 Het tuchtprocesrecht

4.1 De functie van de 'tenlastelegging'

Hieronder worden enige notities gemaakt over de manier, waarop ver-
weten gedragingen in tuchtrechtelijke procedures worden 'ingedragen'. In
het civiele recht en in het strafrecht spreekt men van 'dagvaarding', het
tuchtrecht kent geen speciale naam voor de geschriften, waardoor de liti-
gieuze handelingen bij de tuchtrechter aanhangig worden gemaakt. De in-
houd van zo'n strafrechtelijke dagvaarding noemen we 'tenlastelegging'.
Het medische tuchtrecht spreekt van 'klacht', doch deze benaming kan
niet voor het gehele tuchtrecht worden gebruikt, omdat het voor het
medische tuchtrecht kenmerkend is, dat de zaken slechts kunnen worden
behandeld na een klacht van daartoe aangewezen bevoegden. In het hier-
navolgende zal voor het tuchtrecht gesproken worden over '*beschuldiging*',
wanneer op het tuchtrechtelijk equivalent van de strafrechtelijke tenlaste-
legging wordt gedomd. Deze term 'beschuldiging' wordt dan voor het ge-
hele tuchtrecht gebruikt, ongeacht de voorwaarden waaronder en de vorm
waarin deze beschuldiging kan of moet worden ingediend bij de 'tucht-
rechter'.

De betekenis van de tenlastelegging in het strafproces (waarmee de
'beschuldiging' hoofdzakelijk zal worden vergeleken) verschilt al naar ge-
lang het probleem, dat men aansnijdt. Om een goed inzicht te krijgen in de
problematiek, zal eerst worden ingegaan op die betekenis van de strafrech-
telijke tenlastelegging in het kader van de navolgende vragen: in welke
mate is de rechter gebonden aan de tekst van de tenlastelegging:

- a. bij een eventuele bewezenverklaring van een bepaald feit;
- b. bij het bepalen van de zwaarte van de straf; en
- c. bij het beantwoorden van de vraag of de betrokkene terzake van het-
zelfde feit reeds heeft terechtgestaan.

Nadat vervolgens een kort uitstapje wordt gemaakt naar de dagvaarding in
het 'civiele' proces, zal de betekenis en de functie van de beschuldiging in
het tuchtproces worden besproken.

4.1.1 *De tenlastelegging in het strafproces*

4.1.1.1 *Bewezenverklaring*

In hoeverre is de rechter gebonden aan de tenlastelegging in het strafproces¹ voor een eventuele bewezenverklaring van een bepaald feit? Het antwoord is zeer eenvoudig: voor de volle honderd procent. Er is sprake van een parallel met art. 1 Sr.. Men zou de regel hier zo kunnen stellen: 'Geen dader is strafbaar dan op grond van een aan de strafbaarverklaring voorafgegane bewezenverklaring van een ten laste gelegd feit'. Wel is het ex. art. 312 Sv toegestaan strafverzwarende omstandigheden alsnog ten laste te leggen, terwijl art. 313 Sv aan de Officier van Justitie tot aan zijn requisitoir de bevoegdheid geeft wijziging van de tenlastelegging te vorderen. De verdachte krijgt in die situatie ter terechtzitting die wijziging ter hand gesteld. Hij mag dan toestemming geven, dat het onderzoek aanstonds zal worden voortgezet; bij gebreke van die toestemming schorst de rechtbank het onderzoek voor bepaalde tijd (art. 314 lid 2 Sv). Is de verdachte niet aanwezig, dan wordt de zaak aangehouden en de gewijzigde dagvaarding zo spoedig mogelijk betekend. De rechtbank laat in geen geval wijzigingen toe 'als gevolg waarvan de tenlastelegging niet langer hetzelfde feit, in de zin van art. 68 van het Wetboek van Strafrecht, zou inhouden'. Wat in (onder meer) deze bepaling van art. 313 lid 2 Sv wordt verstaan onder 'hetzelfde feit' wordt hierna behandeld (4.1.1.3). Hierdoor is een 'overval' op de verdachte, door hem eerst ter terechtzitting te laten weten wat hem werkelijk ten laste wordt gelegd, niet mogelijk. De officier, die de verdachte wel een ander feit wil verwijten, kan dit bij afzonderlijke dagvaarding doen, die een aantal dagen (drie tot tien) vóór de terechtzitting moet zijn betekend, waardoor de verdachte zich daarop naar behoren kan voorbereiden. Elk bestanddeel dient nadrukkelijk in de tenlastelegging te zijn opgenomen. Zo is er geen twijfel mogelijk over de feiten, die te zijner tijd ten laste van de verdachte kunnen worden bewezen verklaard.

4.1.1.2 *Strafmaat*

Voor het bepalen van de strafmaat liggen de zaken geheel anders: het kan voorkomen, dat een verdachte tientallen, zo niet meer, strafbare feiten heeft gepleegd. Soms staan al deze feiten verzameld en opgesomd in één proces-verbaal, soms ook staan ze verspreid in verschillende verbalen. Het is ondoenlijk voor het rechterlijke apparaat, om al deze feiten apart ten laste te leggen en af te doen. Een gangbare praktijk is daarom, dat het Openbaar Ministerie enige 'vette' zaken uitkiest en die in de dagvaarding

1 Zie hierover E. André de la Porte, *De tenlastelegging in strafzaken*, Arnhem 1976.

expliciet opneemt, terwijl de andere feiten daarin ontbreken. Wanneer die andere feiten zich onder hetzelfde parketnummer in het dossier bevinden, dan ziet de rechter ze vanzelf; wanneer die feiten onder andere parketnummers zijn ingeschreven, dan worden die zaken 'ad informandum' gevoegd. Ter informatie derhalve van de rechter, die deze kennis kan gebruiken bij het bepalen van de strafmaat. In de strafoverweging zal dan ook veelal de formule worden opgenomen, dat de rechtbank bij het bepalen van de straf rekening heeft gehouden met de omstandigheid, dat verdachte, zoals hij ter terechtzitting heeft erkend, zich over een nader aan te duiden periode nog schuldig heeft gemaakt aan (bijvoorbeeld) een zeer groot aantal vermogensdelikten.

In de literatuur is al enige malen geopponeerd tegen dit systeem.² Behalve andere, overigens gewichtige bezwaren,³ is het steeds weer terugkerende bezwaar, dat deze ad-info-zaken niet in aanmerking zouden komen voor de werking van art. 68 Sr. Onder meer door de rechtbank Assen is wel eens geprobeerd op deze zaken art. 68 van toepassing te verklaren, maar de HR heeft dit afgestraft.⁴ Röling en Pompe verzetten zich in hun annotaties onder de in noot 4 genoemde arresten tegen de opvatting van de Hoge Raad. Pompe stelt, dat de wetgever niet verbiedt om bij de strafoplegging mede rekening te houden met begane delikten, waarvoor het Openbaar Ministerie geen vervolging heeft ingesteld. Hij verbindt hieraan twee voorwaarden, namelijk dat de verdachte die feiten ter zitting erkent, althans niet bestrijdt en dat de rechter van die feiten in zijn vonnis melding maakt. Leijten⁵ wijst er op, dat tussen twee systemen dient te worden gekozen: 'ofwel de strafbare feiten, die als strafverzwarende omstandigheid zijn opgesomd, zijn mee "geboet" in de daarop mede gebaseerde strafmaat of wel die andere misdrijven tellen slechts mee in zoverre zij aan het ten laste gelegde feit kleur verlenen'. Thans is de situatie zo, stelt Leijten in 1964, dat de verdachte tussen twee stoelen terecht komt.⁶ Hij besluit met de stelling, dat het recht er in ieder geval voor moet zorgen, dat de interessante problematiek, die artikel 68 Sr altijd heeft opgeroepen, de mogelijkheid van flagrant onrecht door dubbele bestraffing uitsluit.⁷ Tak heeft, om dit te bevorderen, voorgesteld om niet alleen de ad-info

2 M. Schorlesheim, Dossiers ad informandum, *NJB* 1930, pp. 216-221; W. Ritman, Een omstandigheid, die mede de strafmaat bepaalt?, *NJB* 1960, pp. 261-270; J.C.M. Leyten, De strafmaat in verband met niet ten laste gelegde feiten, *NJB* 1964, pp. 36-43; Egbert Myjer, De verdachte in het geding — ter informatie *DD* 4 (1974), pp. 244-247; P.J.P. Tak, Voorstellen rond de voeging ad informandum, *DD* 8 (1978), pp. 79-87.

3 Veelal zou er bij ad-info zaken gebrek aan bewijs zijn; de artt. 421-423 geven aan, dat alleen bepaalde feiten in *onderling verband* kunnen recidiveren; gebrek aan waarborgen voor de verdachte, gevaar voor onjuiste invloed op de straftoemeting.

4 Zie HR 20 december 1960, *NJ* 1961 — 211 m.n. B.V.A.R. en HR 6 juni 1961, *NJ* 1962 — 17 m.n. W.P.

5 Leijten, t.a.p., p. 41.

6 Ibidem, p. 42.

7 Ibidem, p. 43.

zaken in het vonnis te noemen, maar ook te verklaren, dat die zaken ex art. 36 Sv geëindigd zijn.⁸

De HR is overigens onlangs 'omgegaan', door te bepalen, dat hier algemene beginselen van het strafprocesrecht een nadere vervolging verhinderen,⁹ waardoor een belangrijk bezwaar tegen de gangbare praktijk is vervallen.

Het blijkt, resumerend, dat het strafproces enerzijds de te bestraffen feiten in een zeer formeel kader zet, doch dat anderzijds de onvermijdelijke praktijk is gegroeid om feiten ook bij de rechter op informele wijze af te doen.

4.1.1.3 *Hetzelfde feit*

'Heeft de betrokkene reeds terzake van hetzelfde feit terechtgestaan?' Wanneer zich in het strafrecht deze vraag voordoet, is men geneigd naar de tenlastelegging te kijken om een antwoord te vinden. Aanvankelijk leek het erop, dat men echter voor de beantwoording van deze (ontvankelijkheids)vraag geheel *niet* op die tenlastelegging behoefde te letten,¹⁰ doch in 1932 kwam met het Kijk in 't Jatstraat-arrest een radicale verandering: de tirannie van de tenlastelegging werd 'in ere hersteld'.¹¹ Door een grotere binding aan de wet en daarmee aan het strafbare feit streefde de Hoge Raad er naar bij de toepassing van art. 68 de rechter slechts toe te staan te letten op de bewezenverklaring in de oude zaak en de tenlastelegging in de nieuwe zaak.¹² Deze stringente leer werd in de jaren 1954-1961

8 Tak, t.a.p., p. 87.

9 HR 13 februari 1979 NJ 1979 — 243 en HR 13 maart 1979 NJ 1979 — 269 beide m.n. Th. W.v.W. Voor een eens ad-informandum gevoegde zaak kan de uitlevering niet meer toelaatbaar worden verklaard: HR 20 mei 1980 NJ 1980 — 541.

10 In de jurisprudentie zien we, dat het begrip 'feit' van art. 68 Sr vanaf 1886 geruime tijd gekoppeld werd aan het begrip 'feit' in art. 55 Sr (zie voor kritische kanttekeningen bij het begrip 'feit' reeds: B. van Royen, *Non bis in idem*, *Rechtsgeleerd Magazijn* (1891) pp. 437-454). Vandaar, dat de geschiedenis van de toepassing van art. 55 ook interessant is voor die van art. 68: in 1931 protesteerde Langemeijer (G.E. Langemeijer, *Het onderwerp van het strafproces*, *NJB* 1931, pp. 669-678) tegen een vonnis van de politierechter te Haarlem 26 maart 1931, NJ 1931, p. 1552. Ik citeer: 'Een verdachte was gedagvaard wegens mishandeling van een ambtenaar in functie. Door het onderzoek ter terechtzitting kwam voor den Politierechter vast te staan, dat dit feit in werkelijkheid was gepleegd in ééndaadschen samenloop met het zwaardere misdrijf van wederspanningheid, lichamelijk letsel tengevolge hebbende. De rechter stelde zich nu op het standpunt, dat volgens art. 55 W.v.S. alleen art. 181 van dat wetboek op den verdachte mocht worden toegepast en verklaarde den Officier van Justitie niet-ontvankelijk in zijn vervolging, die slechts tot toepassing van art. 300 jo. 304 had kunnen leiden'. De rechter verliet hier duidelijk de grondslag van de tenlastelegging en keek, overeenkomstig de toen geldende jurisprudentie naar het materiële gebeuren, dat 'achter' de tenlastelegging 'zit'.

11 HR 15 februari 1932 NJ 1932 — 289 (men leze in dit verband de verhandeling van de raadsheer-rapporteur van dit arrest hierover: B.M. Taverne, *Eéndaadsche samenloop*. Een keerpunt in de jurisprudentie van den Hoogen Raad. In: *NJB* 1932, pp. 129-134).

Langemeijer (zie noot 10) werd hiermee op zijn wenken bediend: De rechter keek in de eerste en enige plaats — in abstracto — naar de verweten overtreding van een strafbepaling door de verdachte.

12 Vgl. T.J. Noyon — G.E. Langemeijer, *Het wetboek van strafrecht*, bewerkt door J. Rammelink,

weer verlaten;¹³ nu dient de dagvaarding in dit licht slechts als uitgangspunt, van waaruit het materiële gebeuren kan worden vastgesteld. Dit gebeuren mag echter, zoals in hoofdstuk 5, paragraaf 5.3.2 zal worden behandeld, slechts aan de hand van bepaalde criteria worden geïnterpreteerd.

Sedert 1961 is deze lijn voortgezet, zodat we nu in de — gelukkige — situatie verkeren, dat niet alleen de steller van de dagvaarding beslist over de toepassing van artikel 68. De rechter mag immers niet meer uitsluitend op de tenlastelegging (en/of de bewezenverklaring) in de andere zaak acht slaan: beslissend is of het daaraan ten grondslag liggende feitencomplex redelijkerwijs als hetzelfde moet worden beschouwd.¹⁴

Ten overvloede zij hier nogmaals onderstreept, dat de bewezenverklaring in het strafrecht altijd moet steunen op het ten laste gelegde feit.

4.1.2 De dagvaarding in het civiele proces

In het kort gaan we hieronder — ter vergelijking — in op de functie van de dagvaarding in het civiele proces: tot 1952 fixeerte die dagvaarding daar praktisch geheel het onderwerp.¹⁵ In dat jaar werd artikel 134 Rv vernieuwd:¹⁶ de mogelijkheid werd geopend de eis te verminderen, veranderen of vermeerderen. De gedaagde kan zich hier slechts tegen verzetten, wanneer hij door die wijziging in zijn verdediging onredelijk wordt bemoeilijkt of het geding daardoor onredelijk wordt vertraagd. Wanneer de gedaagde akkoord gaat met de wijziging, beslist derhalve de rechter op grondslag van de dagvaarding én de wijzigingen van eis, die tot afloop van het geding kunnen worden aangebracht.

Arnhem, aant. 3 bij art. 68: HR 1 juni 1942, NJ 1942 — 654 en hierover T.J. Noyon, *Het wetboek van strafrecht*, bewerkt door G.E. Langemeijer, Arnhem, 1954 I, p. 427.

- 13 Nadat Langemeijer (T.J. Noyon, *Het wetboek van strafrecht*, bewerkt door G.E. Langemeijer, Arnhem 1947, Eerste deel, p. 445) al had gewezen op de onjuistheid van de koppeling van de betekenissen van de begrippen feit in de artikelen 55 en 68 Sr, heeft de HR deze opvatting in 1954 (HR 13 april 1954, NJ 1954-369) of in elk geval in 1961 (HR 21 november 1961, NJ 1962-89) verlaten: de HR stelt nu, dat twee feiten in de zin van art. 55 Sr één feit in de zin van art. 68 Sr kunnen opleveren.
- 14 Noyon/Langemeijer/Rommelink, a.w., p. 488; daarmee verwijderen wij ons weer van de strekking van het artikel van Langemeijer, t.a.p. (1931), p. 669 e.v. (zie noot 10). Op dit artikel zal ook de opvatting van Langemeijer gestoeld zijn in Noyon/Langemeijer (1947) I p. 443 en 444, dat de ten laste gelegde feiten en niet de (werkelijk geschiede) feiten, waarnaar zij verwijzen, beslissend moeten zijn, zij het dat deze leer door een voorstellingstheorie werd gecorrigeerd.
- 15 Art. 134 Rv oud: 'De eischer is bevoegd tot den afloop der zaak zijnen eisch te wijzigen of te verminderen, zonder nogtans het onderwerp van den eisch te mogen veranderen of te vermeerderen'.
- 16 Wet van 23 april 1952, Stb. 204, Zie o.m. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, vijfde deel, van bewijs, bewerkt door A. Anema met medewerking van P.J. Verdam, Zwolle 1953, p. 346 e.v., D.J. Veegens, *Het gezag van gewijsde*, Zwolle 1972, p. 38 e.v., C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, bewerkt en herzien door L.E.H. Rutten, met medewerking van W.H. Ariëns, Haarlem 1972, aant. 193 en 199.

Hoewel de Memorie van Toelichting als doel van de wetswijziging noemt 'om binnen de grenzen van de door de dagvaarding getekende rechtsbetrekking recht te doen op werkelijke rechtsverhouding tussen partijen', kan men onder 'eis' in art. 134 Rv volgens diezelfde toelichting verstaan, zowel het petitum als de feitelijke grondslag van de vordering. Volgens de rechtspraak en schrijvers gaat de bevoegdheid van de eiser tot wijziging zover, dat in plaats van de bij dagvaardiging ingestelde vordering een andere vordering mag instellen of de grondslag van zijn eis door een andere mag vervangen.¹⁷

4.1.3 De beschuldiging in het tuchtproces

Het tuchtproces geeft geen eenduidig antwoord op de vraag in hoeverre een 'beschuldiging' de grondslag is voor het onderzoek ter terechtzitting en de uiteindelijk te nemen beslissing. Ter illustratie zal hieronder nader worden ingegaan op de tuchtrechtspraak krachtens artikel 105 van de Wet op de Bedrijfsorganisatie¹⁸ en de Medische tuchtrechtspraak.

4.1.3.1 Wet op de Bedrijfsorganisatie

Illustratief voor de opvatting in deze tuchtrecht-'branche' is een uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven d.d. 1 mei 1973:¹⁹

Het Tuchtgerecht heeft niet geoordeeld op grondslag van de feiten, zoals die bij de oproeping waren omschreven, zodat het geding is gevoerd in strijd met het algemene beginsel van behoorlijke rechtspraak, dat aan de rechten van de verdediging niet te kort mag worden gedaan, welk beginsel onder meer meebrengt, dat de betrokkene vóór de behandeling van zijn zaak ter zitting in kennis worde gesteld van de feiten, waarvoor hij zich zal moeten verantwoorden en aldus in staat worde gesteld zijn verdediging naar behoren voor te bereiden.

Annotator A. Mulder signaleert, dat deze uitspraak een voortzetting betekent van een reeds eerder door het college op 27 juli 1966, SEW 1966, 517, ingenomen standpunt. We mogen derhalve aannemen, dat de uitspraak van 1973 geen incidentele beslissing is. Merkwaardig genoeg moeten we hier signaleren, dat wat het College van Beroep verstaat onder een

17 W. Hugenholtz, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, bewerkt door W.H. Heemskerk, 's-Gravenhage, 1976, pp. 62-66.

18 In het huidige recht wordt dit immers 'tuchtrecht' genoemd; uit hoofdstuk 1 blijkt overigens, dat ik van oordeel ben, dat dit rechtsgebied ten onrechte aan een tuchtrechtspraak is onderworpen.

19 SEW 6 (1974) p. 397; Het College van Beroep fungeert ook als administratieve rechter en wel als beroepsinstantie voor ondernemers tegen beslissingen van de tuchtrechter, die optreedt op grond van de wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie.

algemeen beginsel van behoorlijke rechtspraak (het tijdig vóór de zitting op de hoogte gesteld worden van alle feiten, op de grondslag waarvan het tuchtgerecht zal oordelen) verder lijkt te gaan, zoals we zagen, dan de eisen, die het straf- en civiele recht aan de dagvaarding respectievelijk tenlastelegging stellen. In casu heeft het college, dat in eerste aanleg over de zaak oordeelde (het Tuchtgerecht voor de groothandel in eieren), als verzwarende omstandigheid in aanmerking genomen, dat betrokkene bij zijn handelen te kwader trouw was. Het College van Beroep antwoordde daarop, dat dit niet ten laste was gelegd!

Zelfs in het strafrecht wordt in de tenlastelegging meestal niet gesproken over de intentie, waarmee personen de wet overtreden.²⁰ Maar een eventuele extra kwaadwillige gedachtengang kan hier wel strafverzwarend werken. Zo is de algemene formule voor de motivering van de straf en/of maatregel (art. 359 Sv): 'dat de na te melden straf is in overeenstemming met de aard van het gepleegde feit en de ter terechtzitting gebleken *omstandigheden*, waaronder het feit is gepleegd'. Onder die omstandigheden valt zeker de intentie, waarmee de dader het feit pleegde. Wèl moet deze intentie dan op de terechtzitting, blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting, besproken zijn.

4.1.3.2 Medisch tuchtrecht

Hoe anders staan de zaken ervoor in het medische tuchtrecht! Het zou te ver voeren de gehele loop van de jurisprudentie aangaande dit punt te bespreken. Hiervoor kan verwezen worden naar schrijvers over de Medische Tuchtwet.²¹ De rechtspraak stoelt op de uitleg van art. 59 van het Reglement medisch tuchtrecht.²² Op grond van dat artikel beraadslaagt en beslist het (tucht)college direkt na sluiting van de behandeling van de zaak ter terechtzitting in raadkamer en grondt het de uitspraak uitsluitend op hetgeen ter terechtzitting heeft plaatsgehad en op de stukken. Onder die stukken dient men ongetwijfeld het klaagschrift te verstaan.²³

Kan de beraadslaging nu uitsluitend op grond van die stukken worden gevoerd, of is het inderdaad zo, dat voor het eerst ter terechtzitting naar voren gekomen feiten, ook als ze in het nadeel van de beklagde zijn, kunnen worden meegerekend? De tekst van de wet geeft nauwelijks argumen-

20 D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, bewerkt door J. Remmelink, Groningen 1975, p. 144; toch wordt wel eens de intentie in de strafbepaling opgenomen: vgl. de artt. 310 en 312 Sr.

21 B. de Gaay Fortman, *Medisch Tuchtrecht*, Zwolle, 1947, pp. 53 en 54; D. Sanders, *De praktijk van het medisch tuchtrecht*, Deventer, 1967, p. 129 e.v.

22 Besluit van 31 oktober 1929, Stb. 474, tot vaststelling van een algemene maatregel van bestuur, als bedoeld in artikel 15 van de wet van 2 juli 1928 (Stb. 222), houdende nadere voorschriften ten aanzien van de uitoefening der geneeskunst (Reglement medisch tuchtrecht en oplossing van geschillen).

23 Sanders, a.w., p. 130.

ten voor een beperkte opvatting. Het klaagschrift is wel degelijk niet meer dan een aanleiding voor de zitting. Of zoals de HR 19 september 1968, NJ 1969 – 7, besliste:²⁴

De Medische Tuchtwet en het Reglement medisch tuchtrecht en oplossing van geschillen geven geen grond voor de mening, dat door het klaagschrift de grenzen worden bepaald waarbinnen het onderzoek, waarop de beslissing van de medische tuchtrechter steunt, zich moet bewegen. Mede om deze reden faalt het middel, hetwelk de klacht bevat, dat het Hof het recht heeft geschonden door zich ten onrechte te verwijderen van het punt van uitgang van het tuchtgeding.

In conclusies voor latere arresten heeft de Advocaat-Generaal Ten Kate zich over de verhouding tussen de dagvaarding in strafzaken en die in medische tuchtrechtzaken uitgesproken. Hij merkt op,²⁵ dat in het medische tuchtrecht een duidelijke omgrenzing, zoals bij het strafproces, ontbreekt. Maar ook signaleert hij,²⁶ dat bij de straftoemeting mag worden gelet op verzwarende omstandigheden, bijvoorbeeld 'ad info'-zaken: 'Als dit voor het strafproces geldt, geldt dit zeker ook in het meer informele tuchtproces'.

Er bestaat echter een fundamenteel verschil tussen de tenlastelegging in het strafproces en de beschuldiging in het medische tuchtproces, welk verschil nog niet expliciet is geformuleerd. In het strafproces moet de veroordeling (gelet op artikel 350 Sv) *altijd* gegrond zijn op de in de tenlastelegging opgenomen feiten. Wanneer die feiten niet tot een veroordeling kunnen leiden, kunnen de bijgevoegde ad-info zaken op geen enkele wijze worden bestraft. Dit is hét verschil met de huidige opvatting in het medische tuchtproces: ook als hier de 'hoofd'zaak niet tot een veroordeling kan leiden, staat het de rechter vrij te straffen voor de ter terechtzitting ter sprake gekomen 'bij' zaken.

4.1.3.3 Algemeen

De rechtspraak over de Wet op de Bedrijfsorganisatie is wellicht uitzonderlijk 'streng', terwijl die in het medische tuchtrecht uitzonderlijk ruim dient te worden genoemd. Bij de eerste luidt de impliciete regel, dat zelfs de intentie van de dader ten laste dient te worden gelegd om strafverzwarend te mogen werken, bij de tweede wordt de praktijk aanvaard, dat het klaagschrift slechts de aanleiding is tot het onderzoek ter zitting, zonder dat daarbij de eis wordt gesteld, dat de eventuele nadere beschuldigingen exact

24 In de NJ is alleen de aangehaalde tekst als 'kop' opgenomen.

25 Conclusie voor HR 25 april 1975, NJ 1975 – 415 (p. 1278, linkerkolom).

26 Conclusie voor HR 6 juni 1975, NJ 1975 – 475 (p. 1513 rechterkolom).

worden geformuleerd, laat staan dat ze schriftelijk worden overhandigd en dat die nadere beschuldigingen dezelfde (soort) feiten dienen te betreffen. Zo is het mogelijk, dat de beklaagde niet wordt veroordeeld voor de 'hoofd'zaak, doch wel voor die binnengeslopen 'bij'zaken.

Nadere analyse leidt tot de vraag, of er wellicht enige factoren aangeduid kunnen worden, die deze verschillende werkingen van de 'beschuldigingen' zouden kunnen verklaren. Men zou kunnen denken aan een drietal factoren:

1. Wie is de klager?

Volgens De Gaay Fortman²⁷ is de oorzaak van de omstandigheid, dat in het medische tuchtrecht bij de uitspraak kan worden afgeweken van hetgeen bij klaagschrift aan de aangeklaagde is verweten, voor een groot deel de in vele gevallen ondeskundige opstelling van de klaagschriften, die dikwijls de feiten onvolledig vermelden en de kern van de zaak onvoldoende in het licht stellen. De klaagschriften kunnen immers worden opgemaakt door iedere belanghebbende, meestal patiënten (of naaste familieleden), die vanzelfsprekend niet alle consequenties van een tenlastelegging kunnen overzien en voorzien. Overigens zal zulks (en dit terzijde) een argument kunnen zijn om maar één klagen-de instantie per tuchtrechtgebied aan te wijzen, in casu de Inspecteur van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid.²⁸

Het strenge standpunt van het College van Beroep van het bedrijfsleven kan zo wel begrijpelijker worden gemaakt: de steller van de beschuldiging, op grondslag waarvan dit Tuchtgerecht moet oordelen, is hier immers niet een particulier, maar de secretaris van het gerecht zelf,²⁹ met andere woorden: niet een leek, doch een deskundige, van wie meer mag worden verwacht.

2. Open of gesloten norm.

Een factor van geheel andere aard: wat is volgens de verschillende bepalingen de overtreden norm of regel? Kennelijk is deze regel in de besproken casus van de Wet op het Bedrijfsleven duidelijk 'gesloten' (waarmee we hier aanduiden: geschreven en gedetailleerd). Dat komt omdat overtredingen van de bepalingen in verordeningen van Bedrijfschappen niet alleen tuchtrecht-feiten zijn, maar ook strafbare feiten. Het gevolg van het voor de strafbare feiten geldende nulla poena-be-

27 De Gaay Fortman, a.w., p. 53.

28 Zie hierover o.m. Sanders, a.w., pp. 58 en 59; het rapport van de Commissie-De Vreeze (Staatscommissie Medische Beroepsuitoefening 's Gravenhage, 1973), p. 65 e.v.

29 SEW 6 (1974) p. 400.

ginsel is, dat ook de tuchtfacten hiervan 'meeprofitieren'. Net als in het strafrecht kan men hier derhalve wat strak in de leer zijn.

In de meeste vormen van het tuchtrecht is slechts plaats voor de meer 'open' (vage, algemene) deliktsomschrijvingen, vandaar de neiging tot een ruime visie op de functie van de beschuldiging; het gaat immers om de vraag of het complex van handelingen, dat aan een aangeklaagde wordt verweten, de (vaag omschreven) verboden norm overtreedt.

3. Mondeling of schriftelijk proces.

Of het proces mondeling dan wel schriftelijk wordt gevoerd, is ook een factor voor de mate waarin aan de grondslag van de tenlastelegging moet worden vastgehouden. Daar waar in meerdere mate sprake is van een schriftelijke procedure, moet het de wederpartij tenslotte toch ook exact duidelijk zijn, waarover de rechter zich gaat uitspreken. Dit is bijvoorbeeld het geval in het burgerlijk procesrecht. Waar echter een mondelinge behandeling regel is, kan men deze strakke lijn eerder iets laten vieren, als de betrokkene maar op de hoogte kan zijn van eventuele wijzigingen in de grondslag van de beraadslagingen en niet te zeer in zijn verdediging wordt belemmerd.

Duidelijk moge zijn, dat het vorenstaande geen absoluut antwoord geeft op de vraag naar de betekenis van de beschuldiging voor beraadslaging en vonnis van de tuchtrechter. We signaleerden slechts enige factoren, die mogelijk meer inzicht kunnen geven in de rol van de beschuldiging. Wanneer deze factoren inderdaad juist zijn, dan ligt het voor de hand, dat de gesignaleerde factoren niet alleen van belang zijn voor het medische tuchtrecht, doch ook voor andere vormen van tuchtrecht.

Met opzet is overigens niet als factor gesignaleerd de wellicht voor de hand liggende stelling, dat in het tuchtrecht het groepsbelang vóór het individueel belang zou gaan, waardoor men wat losser met regels van behoorlijke procesgang zou kunnen omspringen. Wanneer deze factor in de praktijk zou meespelen, dan zou deze stelling dienen te worden herzien.

De goede procesorde eist, dat ook in het tuchtrecht een soortgelijke regeling, als de artt. 5 jo 134 Rv en 313 jo 68 Sv, wordt nageleefd. Het belang van deze kwestie raakt de grondvesten van een behoorlijk proces, waaraan het tuchtrecht zich niet kan onttrekken. Erkend moet worden, dat een leek-klager een belemmerende factor is voor deze opvatting, doch bij het afwegen van belangen is dit nadeel van geringer belang dan het nadeel, dat het een beklagde niet voldoende duidelijk behoefte te worden gemaakt welke concrete gedragingen hem worden verweten. Voor het medische tuchtrecht kan dit overigens wel een reden zijn om de inspec-

teurs een monopolie-klaagrecht te geven; particuliere klagers zullen zich dan tot hem dienen te wenden.³⁰

De omstandigheid, dat de norm in het tuchtrecht niet gesloten kan worden genoemd, wil niet zeggen, dat daaruit noodzakelijkerwijs dient te volgen, dat ook in concreto verweten gedragingen niet kunnen worden gespecificeerd en ook het feit, dat het tuchtproces veelal mondeling zal worden behandeld, lijkt me geen rechtvaardiging voor het niet-erkennen van de procesrechtelijke regel, dat iemand, die van een daad of daden wordt beschuldigd, ook exact en precies behoort te weten, waartegen hij zich heeft te verweren.

Bij de bespreking van de dagvaarding in het strafproces is onderscheid gemaakt naar gelang de vraag, die beantwoord moet worden. Hiervoor, bij het bespreken van het tuchtproces, zijn slechts de eerste twee vragen, namelijk die naar de bewezenverklaring en de strafmaat, aan de orde gekomen. Wat nu ten aanzien van de derde vraag, die naar 'hetzelfde feit'? Uitspraken hierover zijn in het tuchtrecht bij mijn weten niet gepubliceerd. Maar gelet op de aldaar vergevorderde rechtsbescherming, kunnen we wellicht een parallel trekken met het strafrecht. De rechter dient hiervoor langs de beschuldiging heen te kijken naar het materiële gebeuren. Gelet op het vorenstaande (het feit, dat de beschuldiging in het huidige tuchtrecht slechts fungeert als aanleiding van de bijeenkomst) kan hier de beschuldiging, noch de bewezenverklaring als leidraad worden gebruikt. De rechter dient voor de beantwoording van de vraag, of er in de nieuwe zaak sprake is van een 'zelfde feit', kennis te nemen van *alle* processtukken van de tuchtprocedure in de 'oudere' zaak, teneinde zich een gefundeerd oordeel te kunnen vormen.

Wat verstaan kan worden onder 'hetzelfde feit' is overigens vooral van belang voor de kwestie, of naar aanleiding van eenzelfde feitencomplex naast een tuchtprocedure nog een strafprocedure – en andersom – toelaatbaar kan worden geacht. In het volgende hoofdstuk wordt deze kwestie behandeld.

4.2 De terechtzitting

4.2.1 Inleiding

In het tweede hoofdstuk werd gesteld, dat het niet onmogelijk is, dat een groepslid bij zijn intrede in de groep geacht kan worden afstand gedaan te

30 Zie Rapport van Staatscommissie-De Vreeze, p. 65 en J.F. Rang, Vijftig jaar Medische Tucht-wet, *Gezondheidsrecht* 78/4 p. 144 e.v.

hebben van enige fundamentele rechten, die hem door art. 6 van het Verdrag van Rome worden gegarandeerd. Daarbij werd vooral gedacht aan het forum, dat als rechterlijke instantie optreedt. Art. 6 lid 1 van het Verdrag heeft het over een 'onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie, welke bij de wet is ingesteld'. Er moet geconstateerd worden, dat menig tuchtrechter in de praktijk niet aan deze eis lijkt te voldoen. Dit geldt in elk geval voor het contractuele tuchtrecht, maar wellicht ook voor het wettelijke tuchtrecht, dat in principe aan de bepalingen van art. 6 lid 1 van het Verdrag van Rome dient te voldoen (men denke hierbij vooral aan de procedures in eerste aanleg). De tuchtrechter voldoet veelal wél aan een andere eis: hij moet namelijk een deskundige zijn op het gebied, waar hij rechtsprekt. Eerst dan kan hij oordelen over de vraag of een bepaalde tuchtnorm is overschreden.

In het wettelijk tuchtrecht is er vaak een goed compromis tussen 'buitenstaanders' en 'deskundige' leden van het gerecht: zo bestaat bijvoorbeeld in het medische tuchtrecht het tuchtcollege uit een voorzitter-jurist, voor het leven benoemd door de Kroon, op voordracht van de Ministers van Volksgezondheid en Milieuhygiëne en van Justitie en uit vier leden, door de Kroon op voordracht van de Minister van Volksgezondheid en Milieuhygiëne benoemd voor de tijd van zes jaren; bij de advocaten bestaat het tuchtcollege daarentegen thans nog uit leden van de Raad van Toezicht, waarvan vijf tot zeven advocaten deel uitmaken, die gekozen worden door de vergadering van de Orde van Advocaten. Is het al de vraag of deze afwijking van het Verdrag door de Europese rechter zal worden aanvaard, er blijven in elk geval tal van onderdelen over, waarvan men niet geacht kan worden afstand te hebben gedaan.

In dit verband is het beginsel, dat het proces eerlijk moet worden gevoerd, al genoemd. Dit abstracte begrip wordt hieronder nader geconcretiseerd. Hierbij past nog de aantekening, dat, wanneer er in een concreet geval geoordeeld moet worden over de eerlijkheid van het proces, het niet aangaat een bepaald onderdeel van het proces aan een aparte beschouwing te onderwerpen. Ook de Europese Commissie beoordeelt dit punt alleen op grond van het proces als geheel, zoals dit heeft plaatsgehad en niet op basis van speciale artikelen of losse incidenten.³¹ Is het daarbij nu zo, zoals Røling in zijn noot onder HR 3 mei 1949, NJ 1949-474, concludeert, dat het spel-element van een strafproces in het tuchtrecht blijkbaar een geringere betekenis heeft? Kan men daarbij, zoals Pompe in zijn noot onder HR 1 maart 1949, NJ 1949-304, stelt, komen tot een grotere vrijheid van de rechter, om een tuchtprocesrecht te vormen, aangezien 'het wezen van het tuchtproces' hier slechts enkele beperkingen oplegt? Of

31 A.H.J. Swart, *Het europees verdrag ter bescherming van de rechten van de mens*, Cahier 12 van het seminarium 'Van Hamel'; Amsterdam 1973, p. 39; Francis G. Jacobs, *The European Convention of Human Rights*, Oxford, 1975, pp. 98 en 99.

moeten, zoals de vergadering van de N.J.V. in 1971 van mening was, de grondbeginselen betreffende de rechten van de verdachte in het strafproces ook in het tuchtprocesrecht worden opgenomen?

4.2.2 *Accusatoir of inquisitoir proces*

Het antwoord op allerlei vragen zou vergemakkelijkt worden, als we duidelijkheid konden krijgen over het algemene karakter van het procesrecht aan de hand van de kwalificatie inquisitoir of accusatoir. Hoe moeten het straf(proces)recht en het verbintenissen(proces)recht in dit kader worden beoordeeld?³² En wat is dan het karakter van het tucht(proces)recht? Omdat het tuchtproces zich slechts, althans het duidelijkst, bij de terechtzitting afspeelt, behandelen we dit algemene probleem in het kader van de terechtzitting. Als oorspronkelijke kenmerken van het inquisitoire proces worden genoemd:³³ vervolging door een overheid; de verdachte is het object van het onderzoek; de rechter is actief en de procedure is geheim en schriftelijk; het onderzoek is gericht op het ontdekken van de materiële (werkelijke) waarheid. Hiertegenover worden de volgende kenmerken van het accusatoire proces gesteld: vervolging door een particulier; de verdachte is gelijkwaardig aan de tegenpartij; de rechter is lijdelijk; de procedure is openbaar en mondeling; het onderzoek is gericht op het vinden van de formele waarheid. Dit accusatoire recht nu, vinden we grotendeels terug in het hedendaagse Angelsaksische strafrecht.

Ons strafrecht is wel van een ander gehalte dan het Angelsaksische. Oorspronkelijk echter was ook dit recht in de tijd van de schout accusatoir. Vanaf 1570 kregen de inquisitoire kenmerken vervolgens anderhalve eeuw lang de overhand. De pijnbank werd eerst in 1797 afgeschaft. Voor ons onderzoek ter terechtzitting geldt nu, volgens de Memorie van Toelichting en Van Bemmelen³⁴, de kwalificatie 'gematigd accusatoir': enerzijds is er sprake van vervolging door de overheid, is de rechter actief en het onderzoek gericht op het verkrijgen van de materiële waarheid, doch anderzijds is de procedure openbaar en mondeling en zou de verdachte een gelijkwaardige partij van het Openbaar Ministerie zijn.

Aan de opsteller van de memorie en aan Van Bemmelen kan worden toegegeven, dat ons strafproces noch inquisitoir, noch accusatoir mag worden genoemd: inderdaad zit het er ergens tussen in. Maar de stelling, dat

32 Zie voor de ontwikkeling in het straf(proces)recht hierover: W.C. van Binsbergen, *Inleiding Strafrecht*, Zwolle 1976, p. 11 e.v.

33 J.H. Drenth, *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces*, Amsterdam 1939, pp. 9-17. Zie ook H.W.R. Beerling, *Opmerkingen over Engels strafproces*, *DD* 5 (1975), p. 401 e.v.

34 J.M. van Bemmelen, *Ons strafrecht* 4, Alphen aan den Rijn, 1977, p. 371 en p. 26 e.v.

het dichter bij de accusatoire procesvorm dan bij de inquisitoire zit, lijkt minder juist. In theorie is die opvatting te verdedigen; maar kan men, op grond van wat men in de praktijk in ons strafproces kan waarnemen, concluderen dat de verdachte niet het object van het onderzoek is, doch een gelijkwaardige partij? En kan er eigenlijk wel worden volgehouden, dat ons proces 'mondeling' geschiedt? De zaak is immers veelal al 'klaar' vóór het begin van de terechtzitting. In het omvangrijke dossier, waarvan de rechter reeds heeft kennis genomen, zitten schriftelijke weergaven van alle mogelijke belangrijke bewijsmiddelen.³⁵ Dient het 'mondelinge' proces in de praktijk dan niet meer ter bevestiging van de schriftelijke stukken? Derhalve past de kwalifikatie 'gematigd inquisitoir' beter bij ons strafproces.

Over het verbintenissenrecht bestaat minder verschil van inzicht: gelet op de hoofdbeginselen van het burgerlijk procesrecht³⁶ kan worden geconcludeerd, dat hier de kwalifikatie 'accusatoir' het best op haar plaats is. Alleen het kenmerk van mondelinge procesvoering is niet overeenkomstig de werkelijkheid. Maar alle overige kenmerken wijzen onverkort op een accusatoire vorm! De lijdelijke rechter accepteert de (formele) waarheid, zoals die hem door de evenwaardige partijen wordt aangereikt.

Welke kwalifikatie verdient nu het tuchtrecht? Dit is zeer belangrijk, omdat een dergelijke kwalifikatie als reden, als verdediging, als motief zou kunnen worden gebruikt om bepaalde onderdelen van het tuchtproces te verklaren. Taat constateert, dat we in het tuchtrecht meer de inquisitoire procesvorm vinden, in tegenstelling tot de strafprocedure, die ook hij 'gematigd accusatoir' meent te kunnen noemen: de waarborgen voor het individu in het strafproces zijn groter dan in het tuchtproces, hoewel men deze laatste, volgens Taat, niet mag verwaarlozen.³⁷

Gelet op de vele vormen van 'tuchtrecht', die we kennen (men denke aan de glijdende schaal met als polen het verbintenissenrecht en het strafrecht), past een genuanceerd antwoord op de vraag, welke procesvorm het tuchtrecht kent. Uitgaande van de systematische rangschikking van het tuchtrecht zal aan het contractuele tuchtrecht een sterk naar het accusatoire neigende procesvorm moeten worden toegedacht en aan het tuchtigingsrecht (het 'minst vrijwillige tuchtrecht') hooguit een gematigd inquisitoir karakter, met de aantekening, dat men dit in het strafrecht in theorie gematigd accusatoir noemt. Het tuchtigingsrecht ligt dan aan de 'accusatoire kant' van het strafrecht.

35 Men zie overigens nader over dit probleem: W.P.J. Pompe, Vooronderzoek of eindonderzoek beslissend? *Tijdschrift voor Strafrecht*, 1959, pp. 141-152 en A.L. Melai, De onbevangen strafrechter, *DD* 5 (1975) pp. 124-127.

36 Hugenholtz/Heemskerk, a.w., p. 7 e.v.

37 J.F. Taat, *Beschouwingen over tuchtrecht*, Boskoop 1948, p. 65/66. Ook A. Krikke en J. Balkema (Inleiding tot de sectie tuchtrecht in: *'Strafrecht te recht'*, Baarn 1972, p. 99) vinden, dat het tuchtrecht naar de inquisitoire procesvorm neigt.

Het geheel overziende brengt dit met zich mee, dat het voor de hand ligt, dat in het tuchtrecht slechts plaats is voor een accusatoire procesvorm, met als maximale variant daarop een proces, gelijk aan ons strafproces. Derhalve *minimaal* net zoveel garanties voor de beschuldigde als in ons strafproces, en waar mogelijk wellicht zelfs *meer*, maar *niet minder*. Vanuit dit gezichtspunt zal hieronder nader worden ingegaan op het tuchtproces.

4.2.3 *Verschijning voor het gerecht*

In het strafrecht is men bij de feitenrechter vrij om al dan niet op de terechtzitting te komen, ten einde zich te verdedigen. Maar als de verdachte niet op de terechtzitting tegenwoordig is, kan de rechtbank bevelen, dat hij toch dient te verschijnen; ja, zelfs kan de rechtbank daartoe zijn medebrenging gelasten (art. 272 Sv). De behandeling van een zaak door de Hoge Raad geschiedt overigens (formeel) altijd in afwezigheid van de verdachte. Deze afwijking is te verklaren uit het feit, dat het hier niet om feiten gaat, doch uitsluitend om juridische vragen.

In civilibus is er een nog grotere vrijheid voor de partijen. De lijdelijkheid van de rechter brengt met zich mee, dat partijen niet alleen uitmaken wat zij ten processe zullen aanvoeren, maar tevens óf zij wel voor het gerecht willen verschijnen. Geen artikel geeft de rechter de bevoegdheid een partij te dwingen voor het gerecht te verschijnen. Wel kan de rechter uit de afwezigheid van een partij voor haar ongunstige conclusies trekken!

De schrijvers over het tuchtrecht zijn (alweer) verdeeld: Röling meende te kunnen stellen, dat daar waar de groep een eigen tuchtproces kent, de beklaagde hoegenaamd geen rechten heeft en dat er vaak de plicht is om mede te werken aan het vinden van de waarheid, welke plicht wordt gezien als behorend tot de groepsplichten.³⁸ Ook Verpaalen brengt in de discussie van de vergadering van de N.J.V. in 1971 als zijn mening naar voren, dat het tot de beginselen van het echte tuchtrecht behoort, dat de vervolgte eraan meewerkt, dat de gang van zaken precies wordt gereconstrueerd.³⁹ Hij voert daarbij een voorbeeld uit het advocatentuchtrecht aan, alwaar het Hof van Discipline uitdrukkelijk beslist heeft dat de vervolgte advocaat moet meewerken. Schenk beaamt dit⁴⁰: de advocaat moet inlichtingen verstrekken en aan oproepingen, om voor de raad te verschijnen, voldoen. Regel 6 van de ereregelen wijst al op de verschij-

38 B.V.A. Röling, Is het wenschelijk, dat verband wordt gelegd tusschen de verschillende maatregelen naar aanleiding van een zelfde feit, te nemen door den strafrechter en andere bij of krachtens de wet ingestelde organen? Zoo ja, op welke wijze ware dit verband te regelen? I. Praeadvies, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1936, eerste stuk, p. 56.

39 O.A.C. Verpaalen, *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, deel 2, p. 112.

40 W. Schenk, *Twintig jaar Hof van Discipline*, Zwolle 1975, p. 21.

ningsplicht van de advocaat. De rechtspraak heeft deze regel vele malen toegepast.⁴¹ Als rechtsgrond voor deze regel noemt Schenk, dat de bijzondere positie van de advocaat, als lid van een organisatie, hem bijzondere verplichtingen oplegt tegenover het bestuur van die organisatie.⁴²

Maar niet alleen bij het tuchtrecht voor advocaten wordt aldus over deze materie geoordeeld. Bij de medici is een soortgelijke regeling van toepassing. Het tuchtcollege kan hier (gemotiveerd) beslissen, dat de aangeklaagde *moet* verschijnen (art. 12 Med. TW). Het college kan de Officier van Justitie verzoeken hem op die zitting te doen voorgeleiden (art. 54 lid 2 Regl. MT.). Verschijnt de aangeklaagde, na een bevel daartoe, wederom niet ter zitting, dan is hij zelfs strafbaar.⁴³

Dat een plicht om te verschijnen niet besloten ligt in elk wettelijk tuchtrecht bewijst wel een uitspraak van de Hoge Raad van 29 oktober 1942 NJ 1942-812, waarin werd beslist, dat een notaris niet verplicht is te verschijnen voor de tuchtrechter. Maar bij de notarissen is dit dan ook niet in een expliciete bepaling opgenomen.

De voorbeelden zijn hier geput uit het wettelijk tuchtrecht, omdat dit nu eenmaal het best toegankelijk is vanwege het feit, dat er (vooral procesueel) veel geregeld is en er uitspraken zijn gepubliceerd. Maar bovendien is dit tuchtrecht duidelijk 'gelokaliseerd' tussen de beide 'polen' verbintenissenrecht en strafrecht en voor deze beide rechtsgebieden geldt, dat het *niet* strafbaar is om niet te verschijnen voor het gerecht. Wanneer men zich niet wil verdedigen of geen nadere toelichting wil geven, is men daarin vrij. Voor de strafrechter is de verdachte uitdrukkelijk, wanneer hij toch is verschenen, niet tot antwoorden verplicht (29 Sv). Is het nu redelijk te accepteren, dat dit in het ('tussenliggende') tuchtrecht wél het geval zal zijn? Een groepslid is verplicht goed te funktioneren in een bepaald streven van de groep. Dat hierin een verplichting, om voor een tuchtrechter te verschijnen, besloten zou liggen, is niet zonder meer juist. Zo lijkt het mij de vraag, of een advocaat een bijzondere verplichting heeft tegenover het bestuur (= de tuchtrechter) van de organisatie.⁴⁴ Maar wanneer een verschijningsplicht uitdrukkelijk als verplichting in de reglementen is opgenomen, zoals bij het (wettelijk) tuchtrecht voor advocaten en medici, en aldus deel uitmaakt van de 'standaardvoorwaarden', dan kunnen we er niet onderuit te erkennen, dat dit in het positieve recht een verplichting voor de leden oplevert. Maar bij de — uiteindelijke — beoordeling of de betreffende tuchtprocedure wel 'eerlijk' is, is het een duidelijk min-punt. We sluiten

41 Ibidem pp. 49-52.

42 Ibidem p. 21.

43 Krachtens art. 12 lid 3 van de Medische Tuchtwet, dat luidt: 'Het bepaalde in de artikelen 192 en 444 van het Wetboek van Strafrecht ten aanzien van hem, die wettelijk als getuige, deskundige of tolk is opgeroepen, geldt mede ten aanzien van de geneeskundige, de tandarts, de vroedvrouw of de apotheker, bedoeld in het eerste lid.'

44 Zie noot 42.

ons aan bij de verzuchting van Van Agt (handelend over het medische tuchtrecht), dat door deze bepaling een kloeke streep moge worden gehaald.⁴⁵

4.2.4 De verdediging

Op welke wijze wordt de beschuldigde in het tuchtrecht in staat gesteld zich, zo gewenst, te verdedigen? Wordt hij op een redelijke termijn opgeroepen? Krijgt hij voldoende tijd voor zijn verdediging? Wordt de praesumptio innocentiae gehuldigd? Moet de beschuldigde meewerken aan zijn eigen veroordeling? Hoe wordt gedacht over het principe: audi et alteram partem? Mag de beschuldigde zich laten verdedigen door een raadsman? Heeft hij het recht eventueel getuigen te (laten) horen? Mag hij alle processtukken inzien?

M. de Pinto kon in 1876, door onderscheid te maken tussen het ius constitutum en het ius constituendum, nog volhouden, dat de betrokken persoon in het tuchtrecht geen recht zou hebben zich te verdedigen!⁴⁶ Terecht protesteerde Taat⁴⁷ hiertegen, omdat naar zijn mening het recht van de betrokken partij zich te verdedigen een zodanig algemeen rechtsbeginsel is, dat men, bij verwaarlozing hiervan, niet meer van rechtspleging zou kunnen spreken. Zo eist een goede procesvoering volgens Taat ook, dat men aan de verdachte de inzage van de stukken niet onthoudt.⁴⁸

Eigenlijk behoeven we bij al de opgesomde vragen niet lang stil te staan. Uit het standpunt, dat we dienen uit te gaan van een accusatoire procesvorm, zijn de antwoorden op de vragen af te leiden: een beschuldigde dient op tijd opgeroepen te worden⁴⁹ en een redelijke tijd te krijgen voor zijn verdediging. Het beginsel van de praesumptio innocentiae dient uiteraard te worden gehuldigd. De beschuldigde behoeft geen enkele medewerking te verlenen aan zijn veroordeling. Hij dient te allen tijde in de gelegenheid te worden gesteld zich over de hem op duidelijke wijze verweten gedragingen uit te laten. Daartoe mag hij in elk geval alle processtukken inzien en ook verklaringen overleggen. Het ne bis in idem-beginsel geldt ook voor het tuchtrecht.⁵⁰ Zo zou een beschuldigde zich in elk

45 A.A.M. van Agt, Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en het tuchtprocesrecht wenselijk?, Preadvies *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 1, tweede stuk, p. 45.

46 M. de Pinto, *Bijdrage tot de leer der disciplinaire bestraffingen van staatswege bedreigd*, Leiden 1876, pp. 68-71.

47 Taat, a.w., p. 66/67.

48 Ibidem, p. 74.

49 Taat (p. 71) heeft het over minstens één week. Bovendien, aldus Taat, zijn waarborgen vereist, dat de oproeping de verdachte inderdaad bereikt. Als minimumeis ziet hij de aangetekende brief. Tenslotte zal volgens hem de oproeping een formulering moeten bevatten van hetgeen verdachte wordt ten laste gelegd.

50 Zie hierover nader hoofdstuk 5, subparagraaf 5.3.4.

tuchtrecht moeten kunnen doen bijstaan door een raadsman. Maar deze behoeft niet altijd advocaat en procureur te zijn: een groep heeft in principe slechts met groepsleden te maken. We zouden ons kunnen voorstellen, dat een groep als eis stelt, dat een verdediger (die in het dagelijks leven best advocaat en procureur mag zijn) zelf ook groepslid is. Dit geldt zeker bij die groepen, waar het algemeen belang geen of slechts een kleine rol speelt. Voor het (wettelijk) beroepentuchtrecht zou anders kunnen worden geoordeeld en lijkt bijstand van een advocaat, mede gelet op de maatschappelijke belangen, niet alleen toelaatbaar, maar zelfs gewenst te noemen. In het tuchtigingsrecht zou bijstand van een raadsman altijd moeten kunnen plaatsvinden, waarbij niet in alle gevallen onmiddellijk aan een advocaat en procureur gedacht zou behoeven te worden.

Meestal is het tuchtproces weinig geregeld. Zeker het 'vrijwilligste' tuchtrecht moet het veelal doen zonder reglementen. Maar in het wettelijk tuchtrecht vinden we min of meer uitgebreide regelingen van het tuchtprocesrecht. Men vergelijk hiervoor het medisch tuchtprocesrecht, zoals dat is geregeld in de Medische Tuchtwet en het daarop gebaseerde Reglement medisch tuchtrecht.

Tenminste zes vrije dagen vóór de terechtzitting ontvangt 'de persoon over wien geklaagd is' een oproeping voor de terechtzitting. Ruim tevoren ontving de beschuldigde reeds een afschrift van het klaagschrift en was hij in de gelegenheid zijn reactie, hetzij schriftelijk, hetzij mondeling, kenbaar te maken aan of bij de voorzitter van het college in een voorlopig onderzoek. Het recht van de beklaagde, om de stukken in te zien, is met zoveel woorden geregeld: daarbij is uitdrukkelijk gesteld, dat de beschuldigde het recht heeft op volledige inzage van de stukken. Getuigen kunnen door de beschuldigde zelf of via de voorzitter worden opgeroepen; hij kan zich op de terechtzitting doen bijstaan door een 'rechtsgeleerden' raadsman. Ter zitting krijgt hij het laatste woord.

Door deze bepalingen komt de plaats van de beschuldigde uitstekend tot zijn recht. Het blijkt, dat de in paragraaf 3 gesignaleerde verplichting, om te verschijnen voor het college, de enige wanklank is. Het geregelde medische tuchtprocesrecht steekt overigens goed af bij de veel minder uitgebreide regelingen van het tuchtrecht voor advocaten en notarissen, althans voor zover daarvan naar buiten blijkt.

4.2.5 Openbaarheid /

4.2.5.1 Openbaarheid van de behandeling ter terechtzitting

Artikel 6 lid 1 van het Verdrag van Rome noemt als één van de punten, die dienen ter bescherming van het fair play-beginsel, de openbaarheid van

het proces. Onder meer ter bescherming van het privéleven van partijen bij het proces, kan de rechter evenwel sluiting der deuren bevelen. Dit artikel komt overeen met artikel 175 van de Grondwet, waar als reden voor het afwijken van de openbaarheid wordt genoemd de openbare orde en zedelijkheid. Art. 20 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie, welke bepaling zowel voor het straf- als voor het burgerlijk recht geldt, spreekt in dit verband slechts van gewichtige, bij het proces-verbaal der zitting te vermelden redenen. Het blijkt, dat de openbaarheid nogal sterk is verankerd in ons rechtsbestel. Toch kan de regel niet zonder meer worden 'overgepoot' in het tuchtrecht. In de eerste plaats al niet, omdat wellicht de stelling zou kunnen worden opgeworpen, dat men geacht moet worden van dit recht afstand gedaan te hebben. Maar in elk geval, omdat men in het tuchtrecht bij openbaarheid in de eerste plaats moet denken aan de openbaarheid jegens de groep en niet aan openbaarheid jegens de gehele maatschappij. Wat heeft de gehele maatschappij te maken met de tuchtrechtspraak van de plaatselijke biljartvereniging? Maar de leden van die vereniging des te meer! Bovendien doet zich in het tuchtrecht veelal nog een openbaarheidsvraag voor, namelijk de openbaarheid ten aanzien van de *klager*, een in het strafrecht weggemoffelde, ondergewaardeerde partij, maar in het tuchtrecht vaak een (volwaardige) procespartij.

In het tuchtrecht wordt ten onrechte over het algemeen geen onderscheid gemaakt tussen de openbaarheid voor de groepsleden en die voor de gehele maatschappij. Met name in het 'vrijwillige' tuchtrecht is dit onderscheid zeer wel in toepassing te brengen. Openbaarheid is niet voorgeschreven om allerlei belangstellenden te gerieven, maar zij heeft een gewichtige controle-functie. De stelling, dat het tuchtrecht geen behoefte zou hebben aan controle, lijkt niet verdedigbaar. Een veel gehoord argument om openbaarheid tegen te houden, is dat de groep er geen behoefte aan heeft 'de vuile was buiten te hangen'. Welnu, met een beperkte openbaarheid voor de leden van de groep kan die blijkbaar zo vuile was binnen worden gedroogd en kan er bovendien van enige controle op het functioneren van de tuchtrechtspraak sprake zijn.

Kan deze twee-deling nu ook worden gemaakt voor het (wettelijke) tuchtrecht, alwaar het algemeen belang een zo belangrijke stem in het kapittel heeft? De problematiek ligt hier beduidend ingewikkelder: hier heeft enerzijds de maatschappij wel degelijk behoefte aan controle en informatie, maar daar staat tegenover, dat anderzijds de waarborgen voor de beschuldigde, om niet apert ten onrechte voor het gerecht te moeten verschijnen, niet voldoende zijn geregeld.⁵¹ Doordat men in dit rechtsgebied werkt met particuliere klagers en men in het algemeen niet kan beschikken

51 Zie bijvoorbeeld het sprekende artikel van J. Gerbrandy, *Anatomie van een medische tuchtaak*, *Medisch Contact* 1974, pp. 1417-1420.

over een soort Openbaar Ministerie, is geen functionele dam opgeworpen tussen duidelijk niet terechte en mogelijk terechte klachten. Weliswaar kunnen de colleges in het medische tuchtrecht een klacht terstond zonder nader onderzoek afwijzen (art. 31 Regl. MT) als die klacht 'kennelijk ongegrond of van onbeduidende aard blijkt', doch daar staat tegenover, dat een klager in het tuchtrecht voor advocaten steeds bevoegd is de behandeling van zijn klacht door de raad te verlangen (art. 46a lid 4 van de Advocatenwet), daarmee de bevoegdheid van de deken (lid 1), om kennelijk ongegronde klachten af te wijzen, op losse schroeven zettend. Hiertegen steekt de Wet op het Notarisambt weer duidelijk af, omdat daar in het geheel geen regeling voor deze kwesties is opgenomen. De kans, dat een beschuldigde zich en plein public moet verdedigen tegen apert onjuiste aantijgingen, is derhalve onaanvaardbaar groot. (In het strafproces heeft de verdachte hier een apart verdedigingsmiddel namelijk het bezwaarschrift tegen de dagvaarding).

Om de argumenten voor en tegen duidelijk tegenover elkaar te zetten, wordt hieronder een gedeelte van de discussie uit de Kamerstukken weergegeven, handelend over de wenselijkheid om het medische tuchtproces openbaar te maken:

Roethof:⁵² 'De Maatschappij voor de Geneeskunst is bevreesd, dat een te grote mate van openbaarheid een strafverzwarend element zou invoeren. In het algemeen zou zij de publiciteitsmedia kunnen verleiden tot allerlei minder vriendelijke bespiegelingen omtrent de medische stand in het algemeen en de arts in het bijzonder. Ik kan niet zeggen, dat een dergelijke passage nu direct blijk geeft van veel vertrouwen in de publiciteitsmedia. Het zou overigens niet de eerste keer zijn, dat iemand op zijn beurt weer een beroep deed op de tuchtrechtelijke bepalingen voor journalisten, om redres te krijgen, indien hij zich ten onrechte in eer en goede naam door de pers aangetast achtte (...).

De vrees is wel tot uiting gebracht, dat door openbaarheid van behandeling of van beslissing medische gegevens van patiënten over straat zouden komen. Daarbij ziet men echter over het hoofd, dat in 99 van de 100 gevallen de klager niets liever wil dan dat zijn geval zo concreet mogelijk over het voetlicht komt. Naar mijn stellige overtuiging kan men dan ook beter te maken hebben met een in alle openheid behandelde zaak dan met een versluierde (...).

Daargelaten, dat dezelfde bezwaren ook kunnen worden aangevoerd tegen allerlei strafzaken, ben ik met Schuurmans Stekhoven (artikel in het "Nederlands Juristenblad" van 11 januari 1969) van mening, dat verkrachtings- en moordzaken in de regel veel sensationeler en angstaanjagender aspecten vertonen dan bij de meeste medische tuchtprocedures het geval is (...).

Mevrouw Veder-Smit echter:⁵³ 'Ik meen, dat een zeer grote openheid over deze dingen ook kan leiden tot angst bij bepaalde mensen, tot angst voor een be-

52 Handelingen Tweede Kamer 1971-1972, p. 2142 rechterkolom/2143 linkerkolom.

53 Ibidem, p. 2143 rechterkolom.

paalde operatie, tot angst voor een bepaalde behandeling, die bij sommigen de genezing kan belemmeren. Ik geloof, dat zeer vergaande openheid over de zeer persoonlijke omstandigheden, die het medisch handelen toch vormen, over gespannen situaties, een grotere stress geven bij alle betrokkenen, waartegen de klager door de wettelijke bepalingen nu eenmaal beter is beschermd dan de aangeklaagde. Daarom geloof ik, dat wij de openheid in deze materie met de nodige voorzichtigheid moeten benaderen'.

De reactie van Minister Stuyt van Volksgezondheid:⁵⁴ 'Ik acht het hier juist nog eens op te merken, dat al te veel openbaarheid in dezen de particuliere klager van het indienen van zijn klacht zou kunnen doen afzien. Ook kan een bezwaar zijn, dat de in het geding betrokken artsen, zowel de aangeklaagde arts als de als getuigen opgeroepen artsen, zich meer dan vroeger op grond van hun beroepsgeheim op het verschoningsrecht zullen beroepen'.

Minister Van Agt voegde er aan toe:⁵⁵ 'Mijnheer de Voorzitter! Aan het adres van de heer Roethof merk ik op, dat hij wel lichtvoetig over het grote en juist in onze tijd bijzonder erkende belang van de privacy van de naast betrokkenen is heengestapt. De heer Roethof weet toch dat men in onze dagen van velerlei zijde ernstig nadenkt over de vraag, of niet bepaalde delen van het — door de geachte afgevaardigde als lichtend voorbeeld beschouwde — strafproces aan de openbaarheid moeten worden onttrokken, terwille van een menselijke behandeling van de verdachte en eventuele getuigen, met name als het gaat om zeer persoonlijke zaken, wanneer reclasseringsambtenaren en psychiaters voor de strafrechter komen en verslag uitbrengen van hun bevindingen. Er is een groeiende twijfel, of er bij dergelijke situaties in strafprocessen de volledige openheid kan worden gehandhaafd. Ik wil hierop gaarne de aandacht vestigen.

Bij het betoog van mevrouw Veder wil ik de volgende kanttekening plaatsen. Ik meen, dat zij het bezwaar van een mogelijke frequente publiciteit ten aanzien van beslissingen die met betrekking tot een bepaalde arts of bepaalde artsen worden genomen, overtrekt. In de praktijk des levens zal de pers slechts die weinige zaken als publiekabel en voor de krant interessant opnemen waar echt wat over te doen is geweest. Dit betreft maar een heel klein gedeelte van de zaken die de colleges passeren. Ik meen dat de vrees voor een avalanche van publikatie in de pers over zaken die geen aandacht hebben getrokken en niet bijster interessant zijn niet zozeer behoeft te worden gevoeld'.

Hierop kwam een wetswijziging van de Medische Tuchtwet tot stand: voorheen werden de zittingen van het tuchtcollege altijd in beslotenheid gehouden, terwijl er thans ruimte is voor het houden van de zittingen in het openbaar: het tuchtcollege kan zulks bepalen. Dit lijkt een redelijk uitgangspunt. Men kan erover twisten of een 'ja, tenzij' niet nóg beter was geweest, dat het hier gehanteerde 'nee, tenzij', maar in elk geval kan het college, dat de stukken kent, alle zaken tegen elkaar afwegend, tot open-

54 Ibidem, p. 2149 rechterkolom.

55 Ibidem, p. 2156 linkerkolom.

baarheid beslissen; het publiek kan zodoende in elk geval déze zaken geheel volgen en zijn controle-functie uitoefenen. Bovendien kan er op deze wijze iets gewijzigd worden aan het denkbeeld, dat het medische tuchtrecht een elitair karakter heeft, een zaak is van 'onder-onsjes'.

Gesteld is al, dat er in het tuchtproces ook een vraag ligt naar de mate van openbaarheid, die wordt betracht ten opzichte van de klager. Vooral is deze vraag interessant, wanneer er sprake is van een klager, die geen groepslid is, maar een volledige buitenstaander. Alweer in het medische tuchtrecht is die positie van de klager het meest uitgebreid geregeld. Het valt op, dat de klager bijna als een volwaardige proces-partij wordt beschouwd! Deze rol dient te worden teruggedrongen tot die van eenvoudige getuige ter zitting. Er worden hier, gelet op de materie, inspanningen van vooral particulieren verwacht, die niet terecht zijn. Een vervolgende instantie, te vergelijken met het Openbaar Ministerie, kan hierin een verandering ten goede teweeg brengen.

4.2.5.2 Openbaarheid van de beslissingen

Hiervoor kunnen in principe dezelfde opmerkingen worden gemaakt als hierboven over de openbaarheid van de zitting. De drang naar openbaarheid voor de groepsleden c.q. de maatschappij doet zich hier nog sterker voelen! De argumenten voor geheimhouding zullen hier bovendien minder sprekend zijn, vooral wanneer geen volledige personalia worden vermeld. Het publiek kan dan desgewenst waarnemen welke maatregelen na welke daden worden genomen. Men zou derhalve moeten streven naar een volledige openbaarheid van de beslissingen voor de groepsleden. Wanneer het om een wettelijk tuchtrecht handelt, is een algemene openbaarheid te prefereren.

In de praktijk blijkt, dat lang niet in elke vorm van tuchtrecht hieromtrent regelingen zijn opgenomen. Eén van de gunstige uitzonderingen vormt de Medische Tuchtwet.⁵⁶ Voor het overige tuchtrecht geldt, dat er op dit punt nog belangrijk werk verzet kan worden.

4.2.6 Het vonnis

Een veroordelend vonnis dient in zijn algemeenheid gemotiveerd te zijn.⁵⁷ De veroordeelde heeft het recht te weten, op welke gronden de rechter tot

⁵⁶ Artt. 13a en 13b van de Medische Tuchtwet.

⁵⁷ Slechts De Pinto, a.w., p. 84 meende anders. Overigens zijn er in sommige vormen van tuchtrecht ook argumenten om bij een vrijsprekend vonnis een argumentatie te eisen: men denke hierbij aan de particuliere klagers, die een hoger-beroep mogelijkheid kennen.

zijn oordeel is gekomen. Bovendien kan hij eerst dan een gefundeerd besluit nemen, om al dan niet in hoger beroep te gaan.

Maar welk bewijsstelsel dient gehanteerd te worden? In het burgerlijk procesrecht geldt als hoofdbeginsel, dat de rechter vrij is in de waardering van het bewijs.⁵⁸ Ook het strafrecht lijkt zich naar een vrij bewijsstelsel ('conviction raisonnée') te ontwikkelen,⁵⁹ hoewel formeel een negatief-wettelijk bewijssysteem geldt.⁶⁰ Dit houdt in, dat de rechter slechts van de inhoud van bepaalde in de wet genoemde bewijsmiddelen gebruik mag maken. Wanneer het bewijs-minimum er is, mag de rechter veroordelen: hij hoeft niet; immers naast het wettelijk bewijs, moet ook het overtuigend bewijs zijn geleverd. De rechter moet, voor een veroordeling, ervan overtuigd zijn, dat de beschuldigde de ten laste gelegde feiten heeft gepleegd. De limitatief opgesomde bewijsmiddelen van art. 339 Sv zijn: de eigen waarneming van de rechter, de verklaringen van de verdachte, getuigen en deskundigen en schriftelijke bescheiden. Doordat de HR echter zgn. verklaringen-de auditu (van horen zeggen) als bewijsmiddel heeft aanvaard en door de 'soepele' toepassing van de regel 'unus testis, nullus testis (één getuige, géén getuige) en van de regel, dat alleen een bekentenis van de verdachte onvoldoende is, is er inderdaad, praktisch gezien, sprake van een verregaande mate van 'vrije bewijsleer' in het strafproces.

Voor het tuchtrecht, dat immers tussen de polen verbintenissenrecht en strafrecht is gesitueerd, brengt het bovenstaande met zich mee, dat ook hier geen reden is een dwingende bewijsleer voor te schrijven.⁶¹ de tuchtrechter dient vrij te zijn in het accepteren en waarderen van bewijsmiddelen. Dit geldt voor het gehele gebied van het tuchtrecht. Wel dient er de aandacht op te worden gevestigd, dat ook de vrije bewijsleer (net zoals de negatief-wettelijke) verlangt, dat de rechter zijn beslissing motiveert, dat wil zeggen een logisch consistent betoog houdt met als uitgangspunt de voor het bewijs gebruikte gegevens ('bewijsmiddelen' in het strafproces). Bovendien mag ook de tuchtrechter, net zomin als de strafrechter, gebruik maken van bewijsmiddelen, die op onrechtmatige wijze zijn verkregen, met deze aantekening, dat de tuchtrechter zelfstandig zal moeten oordelen over de mogelijke onrechtmatigheid van het bewijs.

Het valt overigens op, dat ook in het wettelijk tuchtrecht geen enkele principiële bewijskwestie wordt aangesneden: blijkbaar gaat men in meer of mindere mate uit van een 'vrije bewijsleer'.

58 Hugenholtz/Heemskerk, a.w., p. 129.

59 A. Minkenhof, *De Nederlandse Strafvordering*, Groningen 1970, p. 183.

60 Minkenhof, a.w., p. 183 e.v. Zie ook J.W. Fokkens, *Bewijzen in het strafprocesrecht*, Zwolle 1978, p. 23 e.v.

61 Vgl. O.A.C. Verpaalen, Het bewijs in tuchtzaken, *Advocatenblad*, 1968, p. 378-383.

4.2.7 Voorzieningen

Hoewel het recht op hoger beroep of cassatie, herziening en gratie volgens de Europese Commissie niet onder het begrip 'eerlijk proces' valt,⁶² kent ons straf- en burgerlijk procesrecht allerlei rechtsmiddelen, die men tegen beslissingen van de rechter kan aanwenden.

In het tuchtrecht treffen we eveneens vele beroepsmogelijkheden aan: de meeste verenigingen die over een strafcommissie beschikken, kennen ook wel een 'commissie van beroep'. In het wettelijk tuchtrecht wordt de regeling omtrent het hoger beroep wel aangewend om op dit niveau een (nog) onafhankelijker college in te schakelen.

Deze laatste mogelijkheid is zeer belangrijk. Men zou zich kunnen voorstellen, dat men in het tuchtrecht genoeg neemt met allerlei juridische onvolkomenheden in de 'eerste lijn-rechtspraak' ten behoeve van andere doeleinden (bijvoorbeeld snelheid of deskundigheid), indien men over een beroepsinstantie beschikt, die wel aan de grondwettelijke en Europese voorwaarden voldoet. Het beroepsrecht 'dekt' dan de onvolkomenheden in de eerste lijn.

Zo bestaat, gelijk we zagen, het tuchtcollege voor advocaten in eerste instantie thans nog slechts uit advocaten; het Hof van Discipline, de beroepsrechter, bestaat uit drie door de *Kroon* benoemde leden (onder wie de voorzitter), naast twee leden-advocaten. In het medische tuchtrecht, waar de tuchtrechter in eerste aanleg reeds bestaat uit door de Kroon benoemde leden, waaronder een voorzitter-jurist, wordt ook het Centraal College (dat in hoger beroep oordeelt over die gevallen, waar in 'eerste aanleg' geen of een lichte straf is opgelegd) op dezelfde wijze benoemd; maar over 'zwaardere' straffen (geldboete, schorsing, ontzegging van de bevoegdheid) oordeelt in hoger beroep de burgerlijke kamer van het Gerechtshof: derhalve bestaande uit drie raadsleden uit de 'gewone' rechtspraak, zonder enige inbreng van de groep.

Het tuchtrecht voor notarissen gaat nóg verder: in eerste aanleg bestaat het college uit de president van de arrondissementsrechtbank, uit twee door de Minister van Justitie benoemde leden, waaronder zo mogelijk een kantonrechter en uit twee notarissen. Maar elke hoger beroep-zaak wordt door het Gerechtshof behandeld.

Bepaald geen uniformiteit, men zou zelfs van een chaos kunnen spreken. Maar de intentie is wel dezelfde: in hoger beroep beoordeelt een college, bestaande uit meer (gekwaliceerde) buitenstaanders de zaak nog eens opnieuw. Dit gaat dan nogal eens ten koste van de groepsinbreng. Mij lijkt het recht van hoger beroep in het tuchtrecht fundamenteel. Het argument, dat M. de Pinto gebruikte om het hoger beroep-recht niet te erken-

62 Swart, a.w., p. 42.

nen, was dat er geen verplichting zou bestaan om een disciplinaire beslissing te motiveren.⁶³ Maar zoals hiervoor al is betoogd, dient dit laatste wel degelijk te gebeuren. Door een hoger beroep-procedure kan de gehele zaak opnieuw worden gezien en kunnen eventuele vergissingen worden hersteld.

Is het nu wel juist, dat, zoals wel gebeurt in het wettelijk tuchtrecht, een groepsdelikt dan beoordeeld wordt door een college, louter bestaande uit a-deskundigen? Enerzijds hebben de deskundigen in een dergelijk geval hun inbreng op de zitting (en dus openlijk) en niet slechts in de beslotenheid van een raadkamer. Maar anderzijds kunnen slechts deskundigen oordelen over de vraag of de betrokken functionaris te kort is geschoten. Daarom moeten de groepsleden zelf een belangrijke inbreng hebben in het proces.

Het tuchtrecht voor de advocaten kent de mogelijkheid van cassatie niet, in tegenstelling tot het tuchtrecht van notarissen en medici. Daar is het mogelijk, om van de beslissingen van het Gerechtshof bij de Hoge Raad in cassatie te gaan. Aangezien de cassatie-rechter niet over de feiten oordeelt, lijkt het hier wel goed verdedigbaar, dat geen beroepsgenoten deel uitmaken van deze instantie. Zeker voor het (wettelijk) beroepentuchtrecht is cassatierechtspraak, gelet op de op het spel staande belangen, zeer gewenst.

Verder wil ik nog wijzen op een andere mogelijke voorziening. Wanneer men het niet eens kan zijn met een groepstuchtrechter, zelfs al is het een uitspraak in hoogste tuchtinstantie, blijkt in beginsel de mogelijkheid open te staan een beroep te doen op de burgerlijke rechter. Deze zal de tuchtrecht-procedure toetsen aan 'de eisen van een behoorlijke tuchtrechtspraak'. Als voorbeeld kan worden verwezen naar de uitspraken van het Gerechtshof 's-Gravenhage van 28 mei 1975 en 2 juni 1976, gepubliceerd in de NJ 1976, nr. 210, resp. 1977, nr. 271.

De Commissie van Beroep in het betaalde voetbal had een speler niet-ontvankelijk verklaard in zijn beroep, omdat hij te laat de motivering van zijn beroep had ingediend. Bij het Hof Den Haag klaagde de speler erover, dat deze eis in het verleden nooit werd gesteld. Het Hof toetst dit gebeuren nu aan de 'eisen van de behoorlijke tuchtrechtspraak'.

Deze toetsing door de burgerlijke rechter lijkt onschuldig, zoals de president van de Arrondissementsrechtbank Utrecht op 14 april 1978, NJ 1978-496, nader concretiseerde:

63 De Pinto, a.w., p. 85.

O. dat Wij bij toetsing van de beslissing van de Commissie van Beroep, welke slechts een marginale mag zijn, niet tot de conclusie zijn gekomen, dat deze wat wijze van totstandkoming en/of wat de inhoud betreft indruist tegen Statuten en Reglement, dan wel strijdt met de redelijkheid en billijkheid in die zin, dat geen redelijk handelende Commissie tot een beslissing zoals gegeven had kunnen komen en geen redelijk handelend bestuur van de vereniging derhalve haar lid daaraan zou mogen houden.

Er dient echter in het oog te worden gehouden, dat de artt. 11 jo 13 van het Burgerlijk Wetboek de rechter opdragen zowel statuten als reglementen daadwerkelijk te controleren.⁶⁴ Het ligt voor de hand, dat deze toetsing in kort geding slechts mogelijk zal zijn, wanneer en zolang de tuchtrechtelijke instantie niet als een rechterlijk college wordt aangemerkt. Of ook herziening, gratie of voorwaardelijke kwijtschelding van straffen mogelijk zijn in het tuchtrecht, is een zaak ter vrije beoordeling van de groep. Voor zover het over wettelijk tuchtrecht gaat, lijkt een mogelijkheid tot herziening zeker niet onwenselijk; bij gratie rijst de vraag, wie een eventuele gratie zou moeten verlenen: de groep of de Kroon. Men zou kunnen denken, dat dit dan een taak zou kunnen zijn van beide; wellicht zou een constructie als verlening door de Kroon op voorspraak van de groep beide belangen het best behartigen.

Het lijkt voorstelbaar, dat de tuchtrechter het recht heeft een eerder opgelegde straf, op grond van gewijzigde omstandigheden, te verminderen, wanneer daartoe aanleiding is. Dit zou dan verder gaan dan de strafrechtelijke 'herziening', welke regeling bijvoorbeeld geen ruimte tot strafvermindering laat, op grond van gewijzigde inzichten over de ernst van het gestrafte feit. Dan zou bijvoorbeeld aan een onconventionele arts, die veroordeeld is omdat hij een inadequate therapie toegepast zou hebben, welke therapie later toch minder inadequaat blijkt te zijn dan aanvankelijk werd gedacht, alsnog minder of zelfs geen straf kunnen worden opgelegd.

4.2.8 Kosten

In het 'vrijwillige' tuchtrecht komt het wel voor, dat de gestrafte 'administratiekosten' in rekening worden gebracht. Dit is bijvoorbeeld in de sportwereld geen ongewoon verschijnsel. De gestraften ervaren dit dan ongetwijfeld als een geldboete, doch in wezen gaat het om een (gedeeltelijke) kostenvergoeding door de gestrafte.

Het spreekt voor zich, dat, zo er kosten worden gemaakt voor een tuchtprocedure, iemand daarvoor moet opdraaien. Moet dit nu de groep zijn of de veroordeelde? In het burgerlijk recht zal de in het ongelijk ge-

⁶⁴ President Rb. Utrecht, 26 september 1980, zie noot 15 hoofdstuk 7.

stelde partij de kosten dienen te vergoeden; art. 56 Rv luidt: 'Al wie bij vonnis in het ongelijk gesteld wordt, zal in de kosten verwezen worden'. Dit zou men dan ook kunnen toepassen op het vergelijkbare 'contractuele' tuchtrecht. Als enige waarschuwing moet worden opgemerkt, dat de administratieve opbrengsten uit tuchtprocedures de uitgaven niet mogen overtreffen. Dan zou men de leden te kort doen en zou men langs deze weg toch veroordelingen kunnen uitspreken, die niet via een gemotiveerd vonnis te verdedigen geweest zouden zijn. Het is dan ook terecht, dat in het 'beroepen'-tuchtrecht niet over kosten-veroordelingen wordt gerept. Wel kan in het medische tuchtrecht aan partijen een kostenvergoeding uit 's Rijks kas⁶⁵ worden verleend. Wellicht is hier een parallel met de regeling van de artikelen 591 e.v. Sv, waarin bepalingen zijn opgenomen over vergoedingen voor de gewezen verdachten van de reeds gemaakte kosten bij intrekking van dagvaarding of rechtsmiddelen en, voor het geval de zaak eindigt, zonder oplegging van straf of maatregel.

Dat in het wettelijk tuchtrecht niet over kostenveroordelingen wordt gerept is daarom juist, omdat de inbreng van het maatschappelijk belang hier zo groot is. In beginsel draagt, net als in het strafrecht, de staat respectievelijk de beschuldigde de eigen kosten. 'In beginsel', want gratis admisie van een raadsman moet tot de mogelijkheden behoren. Voor zover dit in het betreffende 'beroepen'-tuchtrecht nog niet geregeld is, zou men dit moeten overwegen. Ook in het strafrecht betaalt de staat de kosten van een rechtsgeding: individuele verdachten worden niet extra belast. Dit is een juist uitgangspunt. De gemeenschap dient de kosten van haar criminele politiek zelf te betalen; het zou toch niet redelijk zijn die kosten af te wentelen op de (min of meer toevallig) veroordeelden. Dit onderwerp ligt echter te ver buiten het kader van deze studie.

4.2.9 *Epiloog*

De in de voorgaande paragrafen besproken onderdelen van het tuchtproces zullen in hoofdstuk 7 nog eens in dier voege worden geconcretiseerd, dat daar op een rij zal worden gezet, aan welke criteria een goed tuchtrecht (minimaal) dient te voldoen. Krikke en Balkema wijzen erop, dat een tuchtrechtelijk systeem, wil het als alternatief voor het strafrecht kunnen dienen, beter moet zijn dan de strafrechtelijke bejegening. En een tuchtrechtelijk systeem is als alternatief slechts dan geschikt, wanneer het effectiever, democratischer en spaarzamer is en wanneer het minder ongewenste neveneffecten heeft.⁶⁶ Daarenboven wordt het belangrijke crite-

65 Art. 69 Regl. medisch tuchtrecht en oplossing van geschillen.

66 Krikke en Balkema, t.a.p., p. 99.

rium uit het eerste hoofdstuk herhaald: er dient juridische ruimte te zijn om op een bepaald gebied tuchtrecht te creëren. Daarvoor is in beginsel een groep of collectiviteit nodig, waarin kan worden gesproken van vanzelfsprekende groepsnormen.⁶⁷ Daarom zou het instellen van een tuchtrecht voor bijvoorbeeld autobestuurders, in een vlaag van enthousiasme om het strafrecht te ontmantelen, een principieel te verwerpen daad zijn. Autobestuurders hebben niet een dergelijk groot saamhorigheidsgevoel, dat zij ook geacht kunnen worden gemeenschappelijke waarden en normen te kennen. Zij zijn niet onder één noemer en dus niet onder één norm te vangen. Daarnaast dient men er in dit streven rekening mee te houden, dat het beschermingsaspect van de beschuldigde in het algemeen in het strafrecht beter ontwikkeld is dan in het tuchtrecht. Slechts indien het tuchtrecht meer voordelen biedt dan het strafrecht, zou men tot de hantering van het tuchtrecht moeten overgaan.

Tuchtrecht in plaats van strafrecht lijkt sommigen een aantrekkelijke gedachte. Maar de realiteit is vaak: tuchtrecht *naast* strafrecht. Daarover gaat het volgende hoofdstuk.

67 Vgl. hoofdstuk 1 p. 27.

5 Een dubbele vervolging, te weten in het straf- en tuchtrecht

5.1 Inleiding

Het is zeer wel denkbaar, dat door een overtreding van een tuchtnorm ook regels en normen worden overschreden van andere rechtsgebieden. Ter illustratie het navolgende praktijkvoorbeeld: bij een 29-jarige patiënte werd een — zoals overigens later bleek niet levensvatbaar — kind met behulp van een keizersnede ter wereld gebracht. Nog tijdens de narcose steriliseerde de vrouwenarts — ongevraagd — deze patiënte, onder meer omdat er bij een eventuele volgende zwangerschap niet alleen een zeer grote kans op een dode foetus zou zijn, maar ook het leven van de moeder zeer groot gevaar zou lopen.¹ De patiënte diende terzake van deze ongevraagde sterilisatie een klacht in bij de medische tuchtrechter, die daarop de arts, wegens het ondermijnen van het vertrouwen in de stand der geneeskundigen, een tuchtmaatregel oplegde.

Daarmede was de zaak voor de betreffende arts echter niet gesloten. De vrouw maakte gebruik van de weg, die art. 1 lid 1 van de Medische Tuchtwet² haar (overigens ten overvloede) wees: de arts³ kan 'onverminderd zijn aansprakelijkheid ingevolge andere wettelijke voorschriften' aan maatregelen worden onderworpen. Bij de hier bedoelde andere wettelijke bepalingen kan in de eerste plaats worden gedacht aan de civielrechtelijke gevolgen van een foutief handelen van een arts.⁴ Zo heeft in het hierboven

1 Het voorbeeld is ontleend aan een strafdossier, waarvan ik op het arrondissements-parket te Rotterdam heb kunnen kennisnemen.

2 Wet van 2 juli 1928 (Stb. 222), houdende nadere voorschriften ten aanzien van de uitoefening der geneeskunst, zoals die wet is gewijzigd bij de wetten van 13 mei 1939, Stb. 801; 23 mei 1951, Stb. 171; 15 juni 1972, Stb. 394 en 1 september 1978, Stb. 505.

3 Korthedshalve spreek ik hier en ook overigens over een 'arts', hoewel de Medische Tuchtwet handelt over de 'geneeskundige, tandarts, verloskundige, apotheker en tandheelkundige'.

D. Sanders, *De praktijk van het medisch tuchtrecht*, Deventer, 1967, hoofdstuk 2, bespreekt uitvoerig het begrip 'geneeskundige'. Aangezien dit hoofdstuk hoofdzakelijk gewijd is aan de samenloop tussen het tuchtrecht en het strafrecht, zal duidelijk zijn, dat ik met 'arts' die 'geneeskundige' bedoel, die ook onder de jurisdictie van de Medische Tuchtwet valt. Vgl. ook: C.J. Goudsmit, 'Op welke personen is de wet van toepassing?' in: *'25-jaar medisch tuchtrecht'*, Den Haag, 1955.

4 W.B. van der Mijl signaleert in *Medisch Contact* 1976/23 in zijn artikel 'Het medisch tuchtrecht als zwaard van Damocles' (pp. 747-752), dat men met een toename van het aantal schadezaken wegens medische fouten ernstig rekening moet houden.

geschetste geval de betrokken patiënte een bedrag van honderdduizend gulden schadevergoeding en smartegeld geëist.⁵ Bovendien echter heeft de vrouw nog een klacht ingediend bij de Officier van Justitie wegens mishandeling, zwaar lichamelijk letsel ten gevolge hebbend. De gynaecoloog liep derhalve ook nog de kans door de strafrechter wegens misdrijf te worden veroordeeld. (In dit geval werd de zaak echter door de officier geseponeerd). Tenslotte bestond nog de mogelijkheid, dat de arts als lid van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (welk lidmaatschap niet verplicht is), ook nog door de interne maatschappijrechtspraak zou worden berecht. Immers deze (particuliere) vereniging kent een interne (privaatrechtelijke) tuchtrechtspraak, evenals andere verenigingen.⁶ Deze rechtspraak staat los van het wettelijke (medische) tuchtrecht. Volgens art. 653 van het Huishoudelijk Reglement van de genoemde maatschappij kunnen op het lid, dat zich heeft misdragen, allerlei 'tuchtmiddelen' worden toegepast, variërend van een 'waarschuwing' tot 'schrapping van het lidmaatschap'.⁷

Dit overzicht heeft tot doel te laten zien met welke instanties een aan het tuchtrecht onderworpen zoal te maken kan krijgen. Vanzelfsprekend denke men dan niet alleen aan artsen; een arts spreekt als voorbeeld echter goed aan, temeer omdat hier sprake is van verenigings- naast wettelijk tuchtrecht. Maar ook andere groeperingen verkeren in zo'n situatie. Het strafrecht wijkt nooit voor het tuchtrecht: niet bij notarissen, advocaten, leden van de rechterlijke macht, accountants en niet bij voetballers.⁸ Op

5 Bericht d.d. 28 februari 1974 in 'Het Vrije Volk'.

6 Zie over dit 'interne tuchtrecht' o.m. A.L. Melai, Vijfenzeventig jaar tuchtrechtspraak van de KNMG, *Gezondheidsrecht* 78/4 pp. 130-140. Men zie over de overlapping van het 'eigen tuchtrecht' en 'wettelijk tuchtrecht' o.m.: F.H. Veldhuyzen van Zanten, Interne rechtspraak van de KNMG-elitaire? *Medisch Contact*, 29, (1974), pp. 809-811 en J.F. Rang, Medisch tuchtrecht in 'Tuchtrecht', NJB-reeks 2, Zwolle, 1975 p. 90 e.v. in het bijzonder p. 109.

7 Op het lid, dat:

- zich heeft gedragen in strijd met de waardigheid van de geneeskundige stand;
- het vertrouwen in de geneeskundige stand heeft ondermijnd;
- zich heeft gedragen in strijd met de belangen van de geneeskundige stand of van de Mij;
- zich heeft schuldig gemaakt aan incolligiaal optreden;
- de uitspraak in een geschil niet naleeft, of
- een in het HR aan de gewone leden opgelegde verplichting niet is nagekomen, kunnen een of meer van de volgende tuchtmiddelen worden toegepast:
 - a. waarschuwing;
 - b. berisping;
 - c. boete van ten hoogste vijfduizend gulden;
 - d. schorsing van het lidmaatschap voor ten hoogste één jaar;
 - e. bekendmaking van de uitspraak van een afdelingsraad of van de Raad van Beroep in het officiële orgaan van de Mij, hetzij in woordelijke weergave, hetzij in verkorte vorm;
 - f. ontneming voor een periode van ten hoogste 5 jaar van het recht lid te zijn of te worden van een bestuur, college of commissie in de Mij;
 - g. schrapping van het lidmaatschap.

8 Respectievelijk de artikelen 50c Wet op het Notarisambt, 46 Advocatenwet, 11 e.v. Wet op de Rechterlijke Organisatie, 33 Wet op de Registeraccountants, 6 lid 1 sub d Algemeen Reglement Koninklijke Nederlandsche Voetbalbond.

hen allen blijft het strafrecht, naast het tuchtrecht voor hun specifieke groep, toepasbaar.

In het hiernavolgende zal hoofdzakelijk aandacht besteed worden aan de complicaties bij vervolging in straf- én tuchtrecht. De 'samenloop' van het tuchtrecht met het civiele recht is minder problematisch, omdat het civiele recht, anders dan het tuchtrecht, in dit opzicht in de eerste plaats strekt tot het herstel van de geschonden vermogensverhouding. Hetzelfde geldt voor een 'samenloop' van civiele aktie en strafrechtelijke vervolging. Op deze vormen van 'samenloop' gaan we dan ook niet verder in. Maar straf- en tuchtrecht liggen niet alleen gevoelsmatig, maar ook als systeem dicht bij elkaar. Zeker wanneer wij het wettelijk tuchtrecht, dat mede geïnspireerd wordt door het maatschappelijk belang, plaatsen naast het strafrecht, dat uitsluitend om dat belang gaat.

Bepaalde normschendingen zijn alleen tuchtrechtelijk van belang, andere alleen strafrechtelijk. Maar diverse normschendingen zullen in de tuchtrecht- én strafrechtsfeer (kunnen) thuishoren. Aan welke gedragingen moeten we hierbij denken?⁹

We kunnen een indeling maken van drie hoofdcategorieën, die overigens vloeiend in elkaar overgaan. Het kan om feiten gaan, waarbij de functie, het groepslidmaatschap, de hoedanigheid van de betrokkene, geen enkele rol speelt (niet-kwaliteitsdelikten); feiten, met meer of mindere invloed van de kwaliteit, bijvoorbeeld wanneer de funktionaris meer kans loopt in een situatie te komen, die het plegen van bepaalde delikten vergemakkelijkt (gemengde delikten) en feiten, waarbij de hoedanigheid van de betrokkene een direkte rol speelt (kwaliteitsdelikten).

Enige voorbeelden, waarbij we uitgaan van de hoedanigheid van arts. Een niet-kwaliteitsdelikt is dan diefstal, rijden onder invloed en talrijke andere delikten. Bij een gemengd delikt denke men bijvoorbeeld aan de artt. 195 jo. 28 en 31 Sr (ondanks ontzetting uit beroep dit toch blijven uitoefenen), aan een behandeling ter voorkoming van de zwangerschap (art. 251 bis Sr), schending van geheimen (art. 272 Sr), levensberoving op verzoek (art. 293 Sr), afdrijving van vrucht (art. 296 e.v. Sr), mishandeling (art. 300 e.v. Sr),¹⁰ dood of lichamelijk letsel door schuld (art. 307-309 Sr), het in de steek laten van hulpbehoevenden (art. 450 Sr). En bij kwaliteitsdelikten kan men denken aan de artt. 228/229 Sr (valse geneeskundige verklaring), art. 249 Sr (geneeskundige, die ontucht pleegt met ver-

⁹ Vgl. W.B. v.d. Mijn, *Wettelijke regelingen voor beroepen in de gezondheidszorg*, Serie Medisch recht 6, Deventer, 1973, p. 267 e.v. Zie ook van dezelfde schrijver: *Wetgeving medische beroepsuitoefening*, in: *Medische beroepsuitoefening en beroepsaansprakelijkheid*, Serie Medisch recht 5, Deventer, 1972, pp. 15-45. Zie verder: H.H. van Eyk en A.J. Verstegen, *Arts en Wet*, Haarlem, 1929, pp. 427-434 en 660-665.

¹⁰ Zie hierover H. de Doelder en A.C. 't Hart, *Medicus en mishandeling*, *Gezondheidsrecht* 78/2, pp. 57-68.

pleegden), alsmede bepalingen in bijzondere wetten, zoals de Inentingswet, Wet bevolkingsonderzoek op tuberculose en dergelijke.¹¹

Van welke factoren is het nu afhankelijk, dat sommige zaken alleen door de tuchtrechter, andere alleen door de strafrechter en weer andere door beiden kunnen worden berecht? Bij de strafrechter worden de zaken aangebracht door de Officier van Justitie en bij de tuchtrechter hetzij door particuliere klagers, al dan niet lid van de betreffende organisatie, hetzij door min of meer officiële klachtinstanties.

Wellicht is deze kwestie het best te illustreren met het medische tuchtrecht, alwaar zowel geklaagd kan worden door een particuliere klager als door de Inspecteur van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid. Welke mogelijkheden heeft een benadeelde¹² van een handeling van een arts om te klagen? Hij kan zich wenden tot de politie en justitie of tot de genoemde inspecteur, maar ook direkt tot het Medisch Tuchtcollege. Slechts in het laatste geval is hij er zeker van, dat de zaak ook werkelijk bij het college aanhangig is gemaakt. In de andere genoemde gevallen heeft hij die zekerheid niet. Volgens de wet is er voor de politie een verplichting om van elke opgespoorde overtreding van wetsartikelen proces-verbaal op te maken en dit in te zenden naar de Officier van Justitie (art. 152 e.v. Sv). In rechtspraak en in theorie wordt echter aanvaard, dat de politie bij het opsporingsbeleid het opportuniteitsbeginsel mag hanteren. Op theoretische en praktische gronden kan men de opvatting verdedigen, dat dit beginsel zelfs positief mag worden toegepast, dat wil zeggen, dat de politie in principe niet verplicht is om al de strafbare feiten, waarvan zij kennis krijgt, te verbaliseren.¹³ Wanneer het proces-verbaal is ingezonden bij het parket, zal de officier moeten bezien of vervolging gewenst is (art. 167 lid 2 Sv).¹⁴ Derhalve wordt de zaak eerst aan de strafrechter aangeboden, nadat de Officier van Justitie heeft beslist, dat de onderhavige kwestie niet voor sepôt in aanmerking kan komen. Ongeveer parallel ligt de situatie bij de Inspecteur van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid, aangezien ook hier geen expliciete plicht bestaat de klacht van de particuliere klager door te spelen naar de tuchtrechter.

Zonder nu een waarde-oordeel over deze gang van zaken uit te spreken, dient te worden geconcludeerd, dat er *geen enkele* regel gegeven kan worden ter beantwoording van de vraag of en zo ja, door wie een hande-

11 In art. 156 Sr wordt de geneeskundige hoedanigheid genoemd als strafuitsluitingsgrond. Het zijn van een geneeskundige bij een tweegevecht zou echter wel een tuchtrechtelijk vergrijp kunnen opleveren! Een geval, waarbij cumulatie van straf- en tuchtrecht wettelijk is uitgesloten.

12 Sanders, a.w., hoofdstuk 3.

13 H. de Doelder en A.C. 't Hart, Verbaliseringsbeleid en opportuniteitsbeginsel, *DD* 6 (1976), pp. 204-211.

14 Vgl. A.C. 't Hart, *Om het O.M.*, Zwolle, 1976, p. 12 e.v.

ling, die in principe voor zowel tucht- als strafrechtelijke afdoening in aanmerking kan komen, zal worden berecht. Dat hangt van tal van onzekere factoren af. Door deze gang van zaken is bovendien de kans groot, dat de straf- respectievelijk de tuchtrechter, die een zaak behandelt, niets weet over een eventuele behandeling door de ander. Op deze ongewenste situatie wordt in hoofdstuk 6 nader teruggekomen.

Dit hoofdstuk handelt over complicaties bij een dubbele berechting, bij een berechting derhalve door tucht- én strafrechter. Met name zal nader worden ingegaan op het zogenaamde 'ne bis in idem'-beginsel. Dit beginsel biedt een maximale garantie in het strafrecht, omdat de tweede vervolging al afstuit op niet-ontvankelijkheid van de Officier van Justitie (art. 68 Sr). De rechtsgronden van dit algemeen geformuleerde beginsel zullen in de volgende paragraaf worden behandeld.

Het algemene hoofddoel van het beginsel, dat niet alleen in het strafrecht, doch ook in het privaatrecht gelding heeft, is het voorkomen c.q. opheffen van onrechtvaardige gevolgen van dubbele berechtingen. Een *tweede* verdedigingslinie zou derhalve in een soort 'strafuitsluitingsgrond' of in 'overspanning van het recht' kunnen worden gezocht: er is niet voldoende niet-bestaftede wederrechtelijkheid meer over. Een *derde* linie zou zijn, dat een onbeperkte cumulatie van straffen en maatregelen wordt voorkomen. Dan wordt het misverstand vermeden dat er slechts één probleem ('de eerste linie') bestaat, namelijk de dubbele berechting (en het voorkomen daarvan door niet-ontvankelijkheid van de vervolgende instantie). Als dubbele *berechting* onvermijdelijk is, kan bijvoorbeeld wellicht een dubbele althans onevenredig zware *bestraffing* worden voorkomen. Ook dit laatste zou men kunnen beschouwen als een uitwerking van het ne bis in idem-beginsel. Voor wat betreft het strafrecht komen we dan op het terrein van de één- en meerdadse samenloop: de artikelen 55 en 57 e.a. van het Wetboek van Strafrecht bevatten regelen om een opeenhoping van straffen te voorkomen.

5.2 Rechtsgronden van het ne bis in idem-beginsel

Voordat een korte weergave volgt van de rechtsgronden, die de schrijvers op het gebied van straf- en privaatrecht hebben genoemd voor het ne bis in idem-beginsel, zal eerst iets gezegd moeten worden over de verhouding tussen het leerstuk van het gezag van gewijsde en van het hier besproken beginsel. Het ne bis in idem zou een volkomen zelfstandig beginsel genoemd kunnen worden.¹⁵ Maar het blijkt, dat deze twee leerstukken in ons recht

15 Vgl. voor het privaatrecht: Star Busmann/Rutten/Ariëns, a.w., aant. 393.

nogal eens als eenheid worden behandeld, althans, men gebruikt, wanneer naar rechtsgronden wordt gezocht voor het ne bis-beginsel, veelal de rechtsgronden van het gezag van gewijsde en omgekeerd. Toch lijkt het mogelijk het ne bis in idem-beginsel en het gezag van gewijsde gescheiden te houden. 'Ne bis in idem' zegt *op zich zelf genomen* niet meer dan: 'niet twee keer over hetzelfde'. Dit is een uiterst vage formule, die geschikt is als algemene samenvatting – vaag, omdat die formule niets zegt over *wat* er niet tweemaal moet gebeuren (strafproces of bestraffing) en natuurlijk ook niets over de vraag *wanneer* iets 'hetzelfde' is. Vanwege zijn samenvattend karakter kan de ne bis-regel eigenlijk geen argument zijn, maar slechts de Latijnse, korte aanduiding van argumenten. Het gezag van gewijsde zou een argument kunnen zijn. Uit dien hoofde lijkt het onjuist de ne bis-regel als argument voor het gezag van gewijsde te gebruiken, want als argument is de ne bis-regel in dit verband niet meer dan een loze kreet.

Dit in onze beschouwingen betreffend, zullen we thans nagaan met *welke argumenten* het ne bis-beginsel in het straf- en privaatrecht wordt verdedigd. Dit is van belang omdat we, na de bespreking *van de mate* waarin het beginsel geldt in straf-, privaatrecht en tuchtrecht, willen bezien of met behulp van deze dan te vinden argumenten betoogd zou kunnen worden, dat het beginsel ook gelding heeft voor een dubbele berechting door straf- én tuchtrechter, en zo ja, in welke mate.

5.2.1 Strafrecht

Het lijkt erop, dat het onderhavige beginsel in de strafrechtliteratuur tussen de materiële wal en het formele schip is gevallen. Het ogenschijnlijk procesrechtelijk beginsel is immers verwoord in het materieelrechtelijke artikel 68 Sr. Vele schrijvers wijden vooral in leerboeken uit over juridisch-technische vragen als 'wat wordt verstaan onder één feit' en 'wat is een buitenlandse rechter'. Slechts weinigen gaan nader in op de rechtsgrond van het beginsel.¹⁶

Het beginsel, dat een verdachte niet tweemaal over dezelfde zaak mag worden lastig gevallen, wordt soms het ne (non) bis in idem-beginsel, dan weer het nemo debet bis vexari-beginsel genoemd. Röling¹⁷ geeft aan het eerste een strafrechtelijke, aan het tweede een strafprocesrechtelijke strekking. Respectievelijk mag een individu niet tweemaal worden gestraft en moet hem een meermalig proces worden bespaard. Ook in Hazewinkel-Suringa/Remmeling¹⁸ wordt dit onderscheid gemaakt. Van Bemmelen ge-

16 Zie P.J.F.H. van de Rivière, *Over de kracht van gewijsde zaak in het strafproces*, Dordrecht, 1894.

17 In zijn noot onder HR 4 juni 1957, NJ 1957 – 480.

18 Hazewinkel-Suringa/Remmeling, a.w., p. 510.

bruikt de termen als synoniemen;¹⁹ zijn voorbeeld wordt gevolgd door Van Hattum.²⁰ In zijn historisch gedocumenteerde bijdrage over het nemo debet bis vexari-beginsel schrijft Van Bemmelen,²¹ dat het beginsel historisch is terug te voeren:

op een denkbeeld, dat een mensch niet twee maal gedwongen mag worden zich bloot te stellen aan de gevaren van een strafproces, hetwelk vooral in den tijd der godsoordeelen een groot gevaar voor het leven opleverde.²²

Niet alleen het individu, doch ook de gemeenschap wordt door het beginsel beschermd: zij mag niet steeds worden verontrust door processen over dezelfde kwestie.²³ Van Bemmelen leert ons, dat Binding het principe zelfs nog verder wilde uitbreiden vanwege de noodzakelijkheid van de 'Einmaligkeit der Staatsaktion'.²⁴ Hazewinkel-Suringa/Remmelink geeft de meest volledige opsomming van mogelijke rechtsgronden. Enerzijds komt het argument van de autoriteit van het vonnis naar voren (rechter mag zich zelf niet herhalen of tegenspreken), anderzijds noemt Remmelink de strafprocesrechtelijke argumenten bis vexari en, ten aanzien van het O.M., het verbruiken van de bevoegdheden:

Deze kracht van de res judicata tot vernietiging van ieder verder vervolgingsrecht berust niet op de vermoedelijke juistheid van het gewijsde, niet dus op het 'res judicata pro veritate habetur'. Zij vindt haar grond in de drang naar handhaving van de autoriteit van de staat en in die naar rust en zekerheid voor het individu. Het algemeen belang is erbij gebaat, dat de rechter niet wordt genoodzaakt zich zelf te herhalen of tegen te spreken. Definitieve rechterlijke beslissingen moeten worden geëerbiedigd. Het betreffende individu is gebaat bij de zekerheid, dat, als eenmaal de rechtsstrijd tegen hem aangebonden is geëindigd, hij niet andermaal over hetzelfde feit zal worden lastig gevallen: 'nemo debet bis vexari' en niet andermaal voor hetzelfde feit zal worden gestraft: 'ne bis in idem'. Omgekeerd: wie – zoals het OM – zijn processuele bevoegdheden heeft gebruikt, heeft ze ook verbruikt.²⁵

19 J.M. van Bemmelen, *Nemo debet bis vexari*, W 12736.

20 J.M. van Bemmelen-W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht*, Deel I, Algemene leerstukken, Arnhem/Den Haag, 1953, p. 557.

21 Van Bemmelen, W 12736/7/8.

22 Van Bemmelen, W 12736.

23 Ibidem.

24 Ook Van Oosten, Herhaalde toepassing van dwangmiddelen in het strafproces, *NJB*, 1951, p. 652 e.v. acht dit beginsel van 'Einmaligkeit' van processuele handelingen een der grondbeginselen van het procesrecht.

25 Hazewinkel-Suringa/Remmelink, a.w., p. 510.

5.2.2 *Privaatrecht*

De behandeling van de rechtsgronden van het ne bis in idem-beginsel spitst zich in het privaatrecht toe op de bespreking van de grondslagen van het gezag van gewijsde.²⁶ In de meeste gevallen treffen we bij alle schrijvers een bloemlezing aan van de gronden, waarop dat beginsel zou kunnen steunen. Bedacht dient hierbij echter te worden, dat het gezag van gewijsde in theorie handelt over de autoriteit van het vonnis: dat vonnis geeft de bevoegdheid tot executie van het daarin bepaalde en heeft een belangrijke *bewijsfunctie*. In het privaatrecht wordt het huidige artikel 1954 BW, dat nu is opgenomen in de vierde titel van het vijfde boek, getiteld 'Van vermoedens', overgeplaatst naar het nieuwe bewijsrecht. Daarmee wordt erkend, dat in het privaatrecht aan het gezag van gewijsde in de eerste plaats een bewijsrechtelijke functie wordt toegekend. Ook een strafrechtelijk vonnis kan in civilibus tot bewijs strekken, behoudens tegenbewijs. (art. 1955 BW). Anema laat verschillende argumenten voor dit beginsel de revue passeren. Hij noemt de fictie van de waarheid, de autoriteit van het vonnis, de bescherming van de rechterlijke macht, de rechtszekerheid en de overeenkomsttheorie:

Wij vermelden (...), dat (...) Romanistische schrijvers, in aansluiting aan de Romeinse bronnen, zoals men die sinds de Middeleeuwen heeft opgevat, meestal het gezag van gewijsde doen steunen op een fictie van waarheid; anderen zien in het vonnis objectief recht, dat in beginsel met een wettelijke maatregel gelijk staat; soms ook ziet men het doorslaand argument vooral in de besparing voor de rechterlijke macht, om nodeloos werk te verrichten; dan weer stelt men op de voorgrond de rechtszekerheid en beschouwt deze nu eens uit het oogpunt van de staat en dus meer publiekrechtelijk, dan weer meer met het oog op de partijen en alzo meer privaatrechtelijk. Een enkele maal vindt men ook nog de vroeger voor allerlei leerstukken zo geliefde overeenkomst-theorie.²⁷

Van deze argumenten acht Anema de rechtszekerheid de belangrijkste:

26 Enige voorbeelden:

L.H.C. Kuhn, *Het gezag van gewijsde in burgerlijke zaken*, Amsterdam 1905, pp. 20-37;

K. Wiersma, *Het rechtsmiddel verzet van derden*, Leiden 1952, p. 121 e.v.;

J.L.A. Visser, *Procesgelding van civiele uitspraken*, Utrecht 1952;

C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, vijfde deel, van bewijs, bewerkt door A. Anema, met medewerking van P.J. Verdam, Zwolle, 1953, pp. 306-308;

Star Busmann/Rutten/Ariëns, a.w., pp. 389-391;

Veegens, a.w., pp. 17-19;

P.A. Stein, a.w., p. 161/162;

Hugenholtz/Heemskerk, a.w., pp. 87-89.

27 Asser/Anema/Verdam, a.w., p. 307.

Wel kan men zeggen, dat althans voor ons positieve recht de privaatrechtelijke overweging van de rechtszekerheid der burgers als de meest doorslaggevende is te beschouwen.²⁸

Hieraan kan nog worden toegevoegd het bijvoorbeeld door Stein²⁹ genoemde beginsel van 'lites finiri oportet' (er moet eens een eind komen aan een proces). Cleveringa heeft nog gewezen op een aparte grond voor het ne bis idem-beginsel: de onrechtmatige daad, zoals omschreven in artikel 1401 BW.³⁰ Een tweede procesgang is in strijd met de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van de wederpartij.³¹ De wederpartij behoeft niet te verwachten, dat hij ten tweede male voor hetzelfde feit ten gerechte wordt geroepen. Hij mag erop vertrouwen, dat de zaak na de eerste keer is afgedaan.

5.2.3 Algemeen

De voor het ne bis in idem-beginsel aangevoerde rechtsgronden in het straf- en privaatrecht geven dit adagium een dermate wijde strekking, dat de conclusie gewettigd lijkt, dat wij hier te maken hebben met een *algemeen* beginsel, geldend binnen elk rechtstelsel. Maar deze gelding in het gehele sanktierrecht laat de mogelijkheid onverlet, dat het, al naar gelang de aard van het stelsel waar binnen het geldt, met verschillende accenten wordt uitgewerkt. Zo zou men zich kunnen voorstellen, dat bij het strafrecht het belang om niet tweemaal 'gekweld' te worden, meer voorop staat, dan de autoriteit van het vonnis, terwijl dit laatste in het privaatrecht wellicht juist op de voorgrond staat.³² De door Cleveringa genoemde rechtsgrond zou ik willen onderstrepen. Deze zou wellicht zelfs dé algemene grond genoemd kunnen worden: het is in strijd met de maatschappelijk vereiste zorgvuldigheid om personen meerdere malen ongelimiteerd te bestraffen voor één zelfde feit.

In de volgende paragraaf wordt verder ingegaan op de vraag wat onder één feit verstaan kan worden.

28 Ibidem, p. 306, dezelfde mening heeft Veegens, a.w., p. 17.

29 P.A. Stein, a.w., p. 162.

30 R.P. Cleveringa, Mr W.v. Rossum's *Verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Zwolle, 1972, I, p. 303.

31 Zie ook: J.L.A. Visser, a.w., p. 45.

32 Het strafrecht streeft naar de materiële waarheid; in het civiele proces wordt de formele waarheid opgespoord.

5.3 Het ne bis in idem-beginsel in het positieve recht

5.3.1 Inleiding

Zoals gezegd is het 'ne bis in idem'-beginsel een algemene, wat vage term: 'niet tweemaal voor hetzelfde'. Hieronder wordt ingegaan op de omvang van dit beginsel, dat door zijn bewoordingen vrij absoluut lijkt. Maar, zoals Ten Kate opmerkte, men overtrekt deze in het rechtsbewustzijn verankerde regel wel eens.³³ Hoever strekt de werking ervan zich nu uit? Wat is 'hetzelfde' en welke inhoud heeft 'niet tweemaal'? Om hierin een beter inzicht te krijgen, zal eerst nader worden ingegaan op de interne werking van dit beginsel in het straf- en privaatrecht, waarna ook de (niet geregelde) werking ervan in het tuchtrecht wordt besproken. Daarna zal worden overgegaan tot het maken van opmerkingen over de inhoud en werking van het beginsel bij een 'dubbele' berechting: een berechting in het straf- én tuchtrecht.

5.3.2 Het beginsel in het strafrecht

In Nederland³⁴ is het ne bis in idem-beginsel in het strafrecht voor de in kracht van gewijsde gegane beslissingen verwoord in artikel 68 lid 1 Sr:

Behoudens de gevallen waarin rechterlijke uitspraken voor herziening vatbaar zijn, kan niemand andermaal worden vervolgd wegens een feit waarover te zijnen aanzien bij gewijsde van de rechter in Nederland of de Nederlandse Antillen onherroepelijk is beslist.³⁵

Hoewel de woorden van deze bepaling duidelijk lijken,³⁶ doen zich in de strafrechtsdogmatiek toch allerlei kwesties voor. De belangrijkste vragen

33 Zoals A.G. Ten Kate opmerkte in zijn conclusie voor HR 25 april 1975, NJ 1975 – 415, p. 1276 r.k.

34 In Duitsland bijvoorbeeld is het beginsel opgenomen in de Grondwet; art. 103 (3) GG luidt: 'Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden'.

35 Art. 68 lid 2 luidt: 'Is het gewijsde afkomstig van een anderen rechter, dan heeft tegen denzelfden persoon wegens hetzelfde feit geene vervolging plaats in geval van:

1. vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging;
2. veroordeeling gevolgd door geheele uitvoering, gratie of verjaring der straf'.

36 Zoals T.J. Noyon al in de eerste druk van het *Wetboek van Strafrecht* (Groningen, 1896) vermeldde (een opmerking, die de bewerkingen van zowel Langemeijer als Rammelink overleefde), is de aanhef van het artikel 'overtollig'.

Het blijkt, dat de Staatscommissie-De Wal (de voorbereidingscommissie voor het in 1886 in werking getreden Wetboek van Strafrecht) zich dit ook bewust is geweest. In de uitgave van de vakgroep Strafrecht en Criminologie (thans vakgroep Strafrechtwetenschappen geheten), sectie strafrecht van de Katholieke Hogeschool te Tilburg, 1976 (redactie A.J.A. van Dorst e.a.) van de Notulen van de 'Staatscommissie voor de zamenstelling van een Wetboek van

zijn die naar de interpretatie van de begrippen 'feit' en 'vervolgen', maar zelfs als daarover eenstemmigheid kan worden bereikt, blijft de vraag nog open, of de werking van het ne bis in idem-beginsel dient te worden beperkt tot de omschrijving (of definiëring) van art. 68 Sr, dan wel of daaraan een verdere werking moet worden toegekend.

5.3.2.1 *Eénzelfde feit*

Bij de bespreking van de dagvaarding in hoofdstuk 4³⁷ was het nodig in het kort al enigszins vooruit te lopen op deze kwestie. In de daarbij behorende noten is over de aanvankelijke koppeling van het begrip 'hetzelfde feit' in de artt. 55 en 68 Sr en de ontkoppeling in de jaren 1954-1961 reeds gesproken. In het hiernavolgende wordt aan deze complicerende factor voorbij gegaan.

Als voorbeeld van een niet te verteren consequentie van de aanvankelijke opvatting van de HR, die onder 'hetzelfde feit' het gehele materiële gebeuren verstond, noemt Remmelink³⁸ een geval van een verboden vee-transport, gecombineerd met het niet voldoen aan een bevel van opsporingsambtenaren tot stoppen en bedreiging met doodslag tegen diezelfde ambtenaren door op hen in te rijden; al deze verschillende overtredingen van de strafwet werden gepleegd door middel van 'één feitelijke handeling', namelijk het rijden. Later schoot de HR, in het bekende Kijk in 't Jatstraat-arrest van 1932,³⁹ door naar het andere uiterste. Het gevolg van de plotseling zo beperkte betekenis, die aan het begrip 'feit' sedert dat arrest werd gehecht, was, dat artikel 68 nog maar weinig betekende. De vraag werd aldus gesteld: hoeveel, voor het strafrecht van belang zijnde, gedragingen worden de verdachte verweten? Het antwoord in het arrest van 1932 was: zoveel als er strafrechtelijke regels zijn, die werden geschonden, mits die gedragingen in principe niets met elkaar hebben uit te staan en geheel los van elkaar kunnen worden gedacht.⁴⁰ Zo kwamen er voor het Openbaar Ministerie ruime mogelijkheden om na een minder succesrijke vervolging een ander strafrechtelijk artikel op de concrete gedraging 'los te laten' en de verdachte hiervoor opnieuw te vervolgen. Na bijvoorbeeld een vrijspraak voor een poging tot diefstal met braak, zou een vervolging wegens vernieling met succes hebben kunnen worden ingesteld.

Strafregt', deel II lezen we op p. 112: 'De vraag van den heer Modderman of in den aanhef van art. 1 van het concept de woorden "behoudens ... vatbaar" niet kunnen vervallen, wordt ontkennend beantwoord, als aanleiding kunnende geven tot misverstand'.

37 Hoofdstuk 4, paragraaf 4.1, subparagraaf 4.1.1.3.

38 T.J. Noyon-G.E. Langemeijer, *Het Wetboek van Strafrecht*, bewerkt door J. Remmelink, Arnhem, aant. 4 bij art. 55.

39 HR 15 februari 1932, NJ 1932 p. 289.

40 B.M. Taverne, *Eéndaadsche samenloop*. Een keerpunt in de jurisprudentie van den Hoogen Raad, *NJB* 1932, p. 133/134.

In 1954 kwam ons hoogste rechtscollege voor wat betreft art. 68 hierop weer terug.⁴¹ De nieuwe opvatting werd expliciet gemaakt en uitgewerkt in het geval van de Emmense bromfietser van 1961.⁴² Hij werd verdacht in strijd gehandeld te hebben met art. 26 van de Wegenverkeerswet (het rijden onder invloed). Nadat hij was aangehouden, bleek hij dermate onbekwaam, dat de politie het nodig oordeelde ook proces-verbaal op te maken voor de overtreding van art. 453 van het Wetboek van Strafrecht (het zich in kennelijke staat van dronkenschap bevinden op de openbare weg). Hij werd daarop eerst door de kantonrechter veroordeeld voor de overtreding van art. 453 Sr en vervolgens door de rechtbank wegens overtreding van art. 26 WVV. Het gerechtshof achtte nu in hoger beroep het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk in zijn laatstgenoemde vervolging. Dit arrest werd door de Hoge Raad bevestigd, met de overweging:

dat, gelet op de verwantschap in de gedragingen, die in beide bepalingen zijn strafbaar gesteld, beide daarin strafbaar gestelde feiten kunnen worden begaan onder omstandigheden, waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en den wezenlijken samenhang in het handelen en in de schuld van den dader, dat de strekking van art. 68 Sr medebrengt, dat degene, te wiens aanzien ter zake van overtreding van een der beide bepalingen onherroepelijk is beslist als in dit artikel bedoeld, niet andermaal kan worden vervolgd ter zake van overtreding van de andere bepaling.

De criteria, die de HR in dit arrest heeft genoemd, zijn:

1. de verwantschap in de strafbepalingen;
2. gelijktijdigheid van de gedragingen;
3. de wezenlijke samenhang in het handelen;
4. de wezenlijke samenhang in de schuld; en tenslotte
5. een overkoepelend lijkende eis: de strekking van art. 68 moet een tweede vervolging in casu tegengaan.

Thans blijkt de HR aan iets anders geformuleerde criteria te toetsen: de strekking van de overtreden bepalingen moet niet te ver uiteenlopen, de feiten moeten gelijktijdig zijn gepleegd en voorts moet er gelijksoortigheid zijn in het verwijt, dat de dader kan worden gemaakt wegens overtreding

41 HR 13 april 1954, NJ 1954 – 369, waarin de koppeling van 'hetzelfde feit' in art. 55 Sr aan dat begrip in art. 68 Sr werd losgelaten (zie de noten 10-14 van hoofdstuk 4). Verdachte werd vrijgesproken van het primair ten laste gelegde misdrijf van art. 36 Wegenverkeerswet. Voor de subsidiair ten laste gelegde overtreding van art. 25 van de Wegenverkeerswet beriep verdachte zich op de onbevoegdheid van de rechtbank. De ambtenaar O.M. ving in zijn daarop ingezette vervolging bij de wel bevoegde kantonrechter bot: de zin van art. 68 Sr zou dan volgens de HR gemist worden. Overigens is dit arrest de directe aanleiding voor de toevoeging aan lid 2 van art. 349 Sv van de tweede zinsnede, bij wet van 2 oktober 1957, Stb. 383.

42 HR 21 november 1961, NJ 1962 – 89.

van de bepalingen.⁴³ Van Veen⁴⁴ vraagt zich af, of we daarmee niet weer de weg opgaan naar de toestand van het hierboven genoemde Kijk in 't Jatstraat-arrest van 1932. Inderdaad wordt volgens de nieuwe criteria slechts in abstracto getoetst en lijkt het verwijt-criterium een uitwerking, ja zelfs wellicht een logisch gevolg van de constatering, dat in casu geen sprake was van gelijksoortigheid van de bepalingen. Als men eenmaal heeft beslist dat er niet voldoende samenhang bestaat tussen twee bepalingen, dat hun strekking een andere is, dan is de consequentie, dat er ook geen gelijksoortigheid van het verwijt is, geen verrassende zaak. Zo bespreekt Van Veen in zijn hier bedoelde kritische beschouwing HR 25 maart 1975, NJ 1975 - 296: nadat de Hoge Raad in dit arrest geconstateerd had dat de strekking van het rijden in strijd met art. 26 WWV en het overtreden van een distributiebepaling (verdachte reed op zondag tijdens de oliecrisis) geheel anders is, wordt in het arrest gesteld, dat (dus?) het verwijt, dat de dader gemaakt kan worden, in beide gevallen niet van gelijksoortige aard is. Dit afdoen op abstract niveau benadert de Kijk in 't Jatstraat-jurisprudentie, zulks terwijl de gelijksoortigheid van het concrete verwijt dat de dader kon worden gemaakt, wel eens zeer groot kon zijn geweest.

De oplossing van Van Veen bestaat hierin,⁴⁵ dat hij voorstelt om als belangrijkste uitgangspunt te denken aan de gelijksoortigheid van de intentie of achteloosheid van de dader, die de bepaling gelijktijdig heeft overtreden.⁴⁶ Ondanks deze waardevolle suggestie houdt de HR het, zoals gesteld, primair op een (objectiever vast te stellen) abstracter niveau.

5.3.2.2 *Vervolging*

In het kort wordt hier, voor een volledig overzicht, ingegaan op de interpretatie van het woord 'vervolging'. De tekst van artikel 68 Sr spreekt van 'andermaal vervolgen', zodat tegen een gelijktijdige behandeling ter terechtzitting van verschillende klachten over hetzelfde feitelijke gebeuren geen bezwaar bestaat.⁴⁷ In de inleiding van dit hoofdstuk is er al op gewezen, dat ongerechtvaardigde cumulatie ook op andere manieren, dan door

43 HR 25 maart 1975, NJ 1975 - 296 m.n. v.V. en HR 29 april 1980, NJ 1980 - 445 m.n. G.E.M.

44 Th.W. van Veen, Verstrakking bij toepassing van art. 68 Sr, *NJB* (1976) pp. 119-121. Daarin wees Van Veen op het verschil tussen het nieuwe criterium 'gelijksoortigheid van verwijt' en het oude criterium 'wezenlijke samenhang in de schuld' (p. 121).

45 Van Veen, t.a.p. (1976), p. 120/121.

46 Zoals dat in feite gedaan werd in HR 17 december 1963, NJ 1964 - 385 (een joyrider reed bovendien zonder rijbewijs). Hier was de HR kennelijk zo overtuigd van het feitelijk verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de dader, dat het abstracte niveau terzijde werd geschoven.

47 HR 19 oktober 1965, NJ 1966 - 281 en HR 29 juni 1971, VR 1971 - 114. In HR 6 juni 1975, NJ 1975 - 475 wordt een handelwijze goedgekeurd van een hof, dat in hoger beroep in zijn oordeel over een zaak in eerste aanleg (het betrof een medische tuchtrechtzaak) een nieuwe klacht tegen de beklagde betrok.

middel van niet-ontvankelijkheid, kan worden voorkomen. Zo kunnen hier de regels van samenloop voor een redelijke oplossing zorgdragen.

Art. 68 Sr kan eigenlijk niet los worden gezien van art. 255 Sv⁴⁸: beide artikelen hebben dezelfde ideële achtergrond, zij het dat art. 255 Sv meer let op de ongewenste processuele gevolgen van een 'dubbele vervolging': men noemt dit wel het 'nemo debet bis vexari'-beginsel (niemand mag tweemaal gekweld worden). Maar de werking van het ne bis in idem-beginsel gaat niet zover, dat hierdoor ook *opsporings*activiteiten worden verboden, zelfs wanneer dit ertoe zou leiden, dat tegen verdachte meerdere malen terzake van eenzelfde verdenking dwangmiddelen moeten worden toegepast. Maar dit kan alleen, wanneer er sprake is van gewijzigde omstandigheden.⁴⁹

5.3.2.3 *Verdere strekking?*

Zoëven werd gesteld, dat in de artt. 68 Sr en 255 Sv uitdrukking werd gegeven aan een reeds meerdere malen genoemd algemeen beginsel, dat aan de strafrechtspleging ten grondslag ligt. Uit de jurisprudentie blijkt ook, dat aan dit beginsel inderdaad een verderstrekkende werking wordt toegekend, dan de letterlijke tekst van deze beide artikelen doet vermoeden. Zo in het geval van het 'Inhaaldagvaarding'-arrest⁵⁰ van 1949. De officier had in casu een ontucht, die gepleegd was in Zandvoort, ten laste gelegd als zou die gepleegd zijn te Bloemendaal. Doordat hij op het moment van de ontdekking van de fout niet meer in staat was de dagvaarding ex artikel 313 Sv te wijzigen, bracht hij snel een geheel nieuwe dagvaarding uit. Anders dan in een soortgelijk geval van 1940⁵¹ (officier had diefstal ten laste gelegd in Hoensbroek; na vrijspraak ging hij in appel — dus geen gewijsde — en bracht een nieuwe juiste dagvaarding uit met als locus delicti Heerlen) besliste de Hoge Raad:

dat met den procesgang, (...) onverenigbaar is dat, alvorens over de eerste dagvaarding door den rechter onherroepelijk was beslist, een tweede dagvaarding als hoger vermeld uitging.

48 Art. 255 lid 1 Sv: 'Behoudens het bepaalde bij artikel 246, tweede lid, kan de verdachte na zijne buitenvervolginstelling, na de hem betekende kennisgeving van niet verdere vervolging of na de hem betekende beschikking, houdende verklaring dat de zaak geëindigd is, ter zake van hetzelfde feit niet weder in rechten worden betrokken, tenzij nieuwe bezwaren zijn bekend geworden'.

49 Zie hierover uitgebreid J.A. v. Waarden. Enkele vragen betreffende de voorlopige hechtenis, *NJB* 1950, pp. 721-729; M.S. van Oosten, t.a.p., *NJB* 1951, pp. 649-653 en mijn Preventieve hechtenis meerdere malen toegestaan? *DD* 7 (1977), pp. 357-366.

50 HR 15 februari 1949, *NJ* 1949 — 305.

51 HR 24 juni 1940, *NJ* 1940 — 802.

5.3.2.4 *Samenvatting*

Het ne bis in idem is een algemeen strafrechtelijk beginsel hetwelk (gedeeltelijk) verwoord is in artikel 68 Sr, met een strafvorderlijk equivalent in artikel 255 Sv. Dit beginsel strekt ertoe de verdachte te beschermen tegen ongelimiteerde gevolgen van het zich tot twee of meerdere (verschillende) malen toe verantwoorden voor zijn gedrag. Om te bepalen welk gedrag gerekend wordt te behoren tot 'hetzelfde feit', dient men uit te gaan van de strekking van de bepalingen en de gelijksoortigheid van het verwijt, dat aan de verdachte kan worden gemaakt.

5.3.3 *Het beginsel in het burgerlijk recht*

In het burgerlijk recht neemt het beginsel blijkens jurisprudentie en literatuur (nog) niet zo een omvangrijke plaats in als in het strafrecht. Dit wordt wellicht veroorzaakt, doordat een vervolging voor de strafrechter in het algemeen als 'erger' wordt ervaren, dan het gedaagd zijn in civiele procedures: het strafrecht deelt extra-leed toe, terwijl het civiele recht veelal slechts een billijke verdeling van het aangerichte leed nastreeft. Het beginsel staat niet expliciet in de wet, doch wordt indirect uit het procesrecht afgeleid.⁵² Stein beroept zich op artikel 158 Rv,⁵³ waar bepaald wordt, dat de rechter zich van een beslissing dient te onthouden, als dezelfde zaak tussen partijen reeds bij een andere rechter aanhangig is:

a fortiori zal men dan moeten aannemen, dat de rechter geen beslissing mag geven, als er over dezelfde aangelegenheid al een tussen partijen gewezen vonnis bestaat.⁵⁴

In het algemeen echter wordt het beginsel geacht te zijn opgesloten in artikel 1954 BW.⁵⁵ Een van de werkingen van dit artikel is, dat men het an-

52 P.A. Stein, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer, 1973, p. 161. Sommigen ontkenden het bestaan van de regel 'ne bis in idem', maar erkenden de regel 'point d'intérêt, point d'action', waardoor veelal dezelfde oplossing werd verkregen. Zie hierover: C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, bewerkt en herzien door L.E.H. Rutten, met medewerking van W.H. Ariëns, Haarlem, 1972, aant. 393.

53 Artikel 158 Wetboek van Rechtsvordering:

'1. In zaken, welke reeds tevoren voor een andere gewone rechter zijn aanhangig gemaakt tussen dezelfde personen over hetzelfde onderwerp, of ingeval het geschil aan een zaak verknocht is, die reeds voor een andere gewone rechter aanhangig is, mag de verwijzing gevraagd worden naar die andere gewone rechter ...'

54 P.A. Stein, a.w., p. 161.

55 Art. 1954 BW:

'1. Het gezag van een geregtelijk gewijsde strekt zich niet verder uit dan tot het onderwerp van het vonnis.

2. Om dat gezag te kunnen invoeren, wordt vereischt dat de zaak welke gevorderd wordt

dermaal onderzoeken van hetzelfde geschil kan verhinderen.⁵⁶ Volgens de letter van deze bepaling zou het niet nodig zijn, dat de rechterlijke beslissing in kracht van gewijsde is gegaan. De schrijvers zijn hierover verdeeld, maar de rechtspraak en het ontwerp voor een nieuw bewijsrecht achten een gewijsde wel degelijk noodzakelijk.⁵⁷ In paragraaf 5.2 van dit hoofdstuk is reeds gewezen op de opvatting van Cleveringa, die de grondslag van de regel 'ne bis in idem' zoekt in artikel 1401 BW.⁵⁸

Het is niet duidelijk, of een te honoreren beroep op het ne bis in idem beginsel leidt tot een niet-ontvankelijk verklaring of tot een ontzegging van de vordering van de eiser⁵⁹. Redelijk lijkt een tweede behandeling ten gronde zo mogelijk te voorkomen. Aansluiting zoekend bij ons strafprocesrecht, zou een tweede procedure dan een niet-ontvankelijkheid moeten opleveren. Zo is ook Stein⁶⁰ van mening, dat de rechter geen beslissing mag geven, als er over dezelfde aangelegenheid al een tussen partijen gewezen vonnis bestaat. Het is volgens hem⁶¹ ongewenst, dat de eiser telkens een zelfde zaak opnieuw aan de rechter kan voorleggen, ook al heeft hij het gelijk aan zijn zijde; het gaat niet aan, dat de gedaagde telkenmale opnieuw door de afgewezen eiser in rechte kan worden betrokken. Deze gedachtengang wordt bevestigd door een uitspraak van de Hoge Raad uit 1917.⁶²

Overwegende, dat het Hof ... overweegt, dat 'het niet aangaat en in strijd is met eene gezonde rechtsorde', om, nadat eene zaak door den rechter is beslist, diezelfde zaak ten tweeden male aan het oordeel van dien rechter te onderwerpen, zoodat nu dit door de eischeresse in deze zaak was gedaan, zij, met vernietiging van het vonnis waarbij de tweede vordering werd ontzegd, in die tweede vordering niet-ontvankelijk moest worden verklaard; dat door die beslissing, die rust op algemeene rechtsbeginselen, geen artikelen der wet, in het bijzonder niet de in het middel aangehaalde, zijn geschonden, zoodat het middel niet tot cassatie kan leiden.

dezelfde zij; dat de eisch op dezelfde oorzaak beruste, en door en tegen dezelfde partijen in dezelfde betrekking gedaan zij.'

Volgens L.E.H. Rutten in een noot onder de HR 4 november 1955, NJ 1956 – 117, heeft de HR daar, in afwijking van vroegere jurisprudentie, beslist, dat de ne bis in idem-regel is neergelegd in artikel 1954 BW.

56 Vgl. D.J. Veegens, *Het gezag van gewijsde*, Zwolle, 1972, p. 29; P.A. Stein, a.w. p. 161; W. Hugenholtz, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, bewerkt door W.H. Heemskerk, 's-Gravenhage, 1976, p. 88.

57 Hugenholtz/Heemskerk, a.w., p. 89; Veegens, a.w., p. 30.

58 R.P. Cleveringa, a.w., p. 303.

59 Hugenholtz/Heemskerk, a.w., p. 85.

60 P.A. Stein, a.w., p. 161.

61 Ibidem, p. 162.

62 HR 26 januari 1917, NJ 1917 – p. 225; zie hierover de noot van E.M. Meijers in WPNR 2474, pp. 248-251.

Voorts is een arrest uit 1970⁶³ interessant, waarin werd beslist, dat, wat er zij van dit beginsel, toepassing daarvan in ieder geval achterwege dient te blijven, waar het tot ongewenste gevolgen zou kunnen leiden. Dit past overigens in onze interpretatie van het beginsel dat onrechtvaardige gevolgen moet voorkomen. In casu was een verzoekschrift ingedient tot het uitvaardigen van een rechterlijk bevel tot betaling (art. 125k Rv). De kantonrechter verwees deze zaak naar de terechtzitting (art. 125t Rv). Doordat eiser daar niet verscheen, werd hij ex art. 125u Rv 'geacht de vordering te hebben ingetrokken'. Toen hij later weer een zelfde verzoekschrift indiende en daarin door de kantonrechter werd ontvangen, droeg de Procureur-Generaal Langemeijer in zijn voordracht en vordering tot cassatie in het belang der wet het volgende cassatiemiddel voor:

Schending van het recht, met name van art. 125 u Rv. door te beslissen dat een verzoeker, die na een verzoek als bedoeld in art. 125k van dat wetboek te hebben gedaan, op de tegenspraak van gerequesteerde niet is verschenen en mitsdien volgens art. 125u geacht moet worden zijn verzoek te hebben ingetrokken, hierdoor niet de mogelijkheid heeft verloren een zakelijk gelijk verzoek nogmaals in te dienen, zulks ten onrechte aangezien genoemd voorschrift in verband met het beginsel 'ne bis in idem' zich tegen deze opvatting verzet.

Als argument voor de hierboven al genoemde beslissing noemt de Hoge Raad de stelling, dat artikel 125u Rv alleen bepaalt dat de rechter nu *geen* beslissing kan geven en dat anders de mogelijkheid zou bestaan dat de schuldeiser buiten zijn schuld van zijn recht verstoken wordt.

Voor wat in het burgerlijk recht verstaan wordt onder hetzelfde feit ('idem') kunnen we aansluiten bij wat in artikel 1954 BW verstaan wordt onder dezelfde zaak en dezelfde oorzaak. Hiervan geeft Advocaat-Generaal Berger voor de Hoge Raad 16 mei 1975 NJ 1976-465 een overzicht. Hij stelt, dat de jurisprudentie in het voorgestelde nieuwe artikel 67 Rv haar weerslag heeft gevonden:⁶⁴

Beslissingen aangaande de rechtsbetrekking in geschil, vervat in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, hebben in een ander geding tussen dezelfde partijen, bindende kracht.

Hij citeert daartoe de navolgende passage van de Memorie van Toelichting:

De onduidelijke inhoud van art. 1954 (dezelfde zaak en dezelfde oorzaak) heeft in de loop der jaren geleid tot de jurisprudentie van de HR, ingevolge waarvan een

63 HR 12 juni 1970, NJ 1970 – 375; zie Veegens, a.w., p. 31.

64 Vgl. Veegens, a.w., p. 25; het handelt hier over het wetsontwerp bewijsrecht in burgerlijke zaken, Bijlage Handelingen Tweede Kamer 1969-1970, 10377.

beroep op het gewijsde in een later geding geoorloofd is indien het alles beheersende geschilpunt hetzelfde is, onverschillig of wat geëist wordt hetzelfde is. In overeenstemming daarmee verleent het eerste lid van art. 67 bindende kracht aan beslissingen aangaande rechten of verplichtingen van pp. voor zover zij aan de conclusies van het vonnis, waarvan het gezag wordt ingeroepen ten grondslag lagen.

Het zou erop kunnen duiden, dat wanneer het geschilpunt tussen partijen hetzelfde is, een nieuw rechtsgeding ongeacht de argumentatie toch ontoelaatbaar is. Het hierbovengenoemde arrest, waarvoor Berger concludeerde, laat echter al zien dat ook van de term 'geschilpunt' een geschilpunt kan worden gemaakt. De casus was als volgt: een koper was in 1971 in het ongelijk gesteld, toen hij een beroep deed op de ongeschiktheid van de geleverde goederen en op grond daarvan de vernietiging van de overeenkomst vorderde. Later probeerde hij weer die vernietiging te verkrijgen, nu met een beroep op dwaling en bedrog: het geleverde zou niet aan de eisen voldoen. Volgens de A.G. was dit mogelijk, want de eerste vordering betrof de gebrekkige uitvoering van de overeenkomst en later ging het over wilsgebreken, die de overeenkomst zelf nietig of vernietigbaar maken. De HR was van mening, dat dit onmogelijk was, aangezien over het ontbreken van eigenschappen al was beslist! Wel merkte de Hoge Raad op, dat het gezag van gewijsde van het eerste vonnis niet in de weg staat aan de toewijzing van een mogelijke vordering tot schadevergoeding door de eiser!

Samenvattend lijkt het ne bis in idem-beginsel in het privaatrecht slechts beperkte gelding te hebben. Duidelijk is, dat niet zonder meer kan worden verwezen naar eenzelfde geschilpunt; evenmin is het zo, dat men elke eis kan herhalen als men maar andere argumenten op tafel legt. Maar wanneer men een geheel nieuwe vordering naar aanleiding van eenzelfde feitencomplex instelt, dan vindt men de Hoge Raad bereid die vordering ontvankelijk te achten.

Tot slot nog een opmerking over de vraag, of artikel 1954 thans (en dus artikel 67 Rv in de toekomst) ambtshalve door de rechter moet worden toegepast,⁶⁵ of dat partijen zich hierop uitdrukkelijk dienen te beroepen. Lid 3 van het toekomstige artikel 67 Rv dreigt deze kwestie te beslechten in laatste zin: 'Het gezag van gewijsde wordt niet ambtshalve toegepast'. Met Vriesendorp⁶⁶ is het te hopen, dat dit derde lid géén wet wordt.⁶⁷

65 O.m. in HR 4 november 1955, NJ 1956 – 117 werd beslist, dat art. 1954 niet ambtshalve mag worden toegepast (zie de noot van Rutten).

66 J.J. Vriesendorp, Ambtshalve toepassing van het gezag van gewijsde in het burgerlijk geding? *NJB*, 1977, pp. 61-65.

67 Terecht heeft het Hof Amsterdam op 28 oktober 1977 NJ 1978, 350 gekozen voor een ambtshalve toepassing.

Het gaat hier immers om een uitwerking van een beginsel, dat beoogt een onrechtvaardige behandeling te voorkomen. Een dergelijk beginsel stijgt uit boven de belangen van de partijen en het lijkt derhalve een ambtshalve taak van een rechter op de naleving van een dergelijk gewichtig beginsel toe te zien.

5.3.4 *Het beginsel binnen het tuchtrecht*

Velen hebben zich in het verleden tegenstander van de geldigheid van dit beginsel in het tuchtrecht getoond. Men spreekt dan telkens over de vraag, of een tweede vervolging wel kan worden toegelaten. Het krachtigst hierin was Taat, die het beginsel radicaal verwierp, omdat in het tuchtrecht het accent op de bescherming van de rechtszekerheid van het individu niet zo groot kan zijn:

Dit (de afwezigheid van het beginsel, dD) moet m.i. verklaard worden uit het feit dat men als de reden, waarom art. 68 in ons Wetboek van Strafrecht is opgenomen, moet beschouwen de bescherming van de rechtszekerheid van het individu. Zoals reeds in hoofdstuk VII is opgemerkt, kan het accent, dat in het tuchtrecht op deze bescherming van de rechtszekerheid ligt niet zo sterk zijn als in het strafrecht. Vandaar het ontbreken van de kracht van het tuchtrechtelijk beginsel in dit opzicht.⁶⁸

Tot de iets meer genuanceerde tegenstanders dienen Röling en degenen, die zich op hem baseren te worden gerekend. Röling wijst er, zowel in zijn praeadvies van 1936⁶⁹ als in zijn noot onder HR 5 juni 1964, NJ 1965-62 op, dat dezelfde rechtsschennis niet tweemaal tot straf aanleiding mag geven. Hij acht het beginsel van de onrechtvaardigheid van dubbele bestraffing algemeen menselijk, maar is van oordeel, dat nieuwe gegevens een tweede vervolging vaak mogelijk maken: 'Maar dat behoorde, onder de waarborgen als bij revisie, ook in het gewone strafproces het geval te zijn', aldus Röling in zijn noot. Anderen⁷⁰ sloten zich later bij Röling aan. Na nieuw bewijsmateriaal of 'relevante feiten' mag een nieuwe tuchtrechtelijke vervolging worden aangevangen. Zelfs de N.J.V. lijkt zich in 1971 in deze richting te hebben uitgesproken.⁷¹

68 Taat, a.w., p. 92.

69 Röling, a.w., p. 50.

70 H.E. Ras, *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2, p. 84; E.J. Rosen Jacobson, *ibidem*, p. 90.

71 De vraag 'Moeten de strafrechtsbeginselen: nulla poena sine praevia lege poenali; geen straf zonder schuld en ne bis in idem ook voor het tuchtrecht gelden?' werd met grote meerderheid ontkennend beantwoord. (*Ibidem*, p. 114). De vraagstelling is echter te overladen voor een genuanceerd antwoord. We kunnen er alleen uit afleiden, dat de meeste aanwezigen één of meer van deze beginselen voor het tuchtrecht niet wilden laten gelden.

In HR 25 april 1975, NJ 1975-415, sluit de Hoge Raad de opvatting, dat het beginsel wel binnen het wettelijk medisch tuchtrecht geldt, niet uit. In HR 10 november 1978, NJ 1979-53, stelt de HR die gelding uitdrukkelijk. Tevoren had Sanders⁷² al gepleit vóór opnemng van het beginsel in dit tuchtrecht. De Staatscommissie-De Vreeze is hiervan eveneens een voorstander.⁷³ Wel wordt gewezen op het feit, dat door het ontbreken van scherp omschreven strafbare feiten alles veel moeilijker is.⁷⁴

Over de werkelijke toepassing in het tuchtrecht van het beginsel is weinig bekend. Een enkele keer wordt hierover in een bepaalde zaak een uitspraak gepubliceerd, waarbij opvalt, dat de tuchtrechters nogal genuanceerd oordelen.⁷⁵ Het ne bis in idem-beginsel, dat, zoals we zagen, in principe ook geldend is voor zowel het straf- als het privaatrecht, is op die grond alleen al ook een beginsel van het tuchtrecht. Het tuchtrecht bestrijkt immers een gebied tussen het straf- en privaatrecht in! Er dient dan vast te staan, dat het om dezelfde handeling gaat. Het zal natuurlijk, gelet op de 'open'-deliktomschrijving in het tuchtrecht, praktisch immer om een verwante tuchtbepaling gaan, zodat deze beperking hier weinig invloed lijkt te hebben. We zullen derhalve dienen uit te gaan van de achterliggende feitelijke gedraging, waarbij het irrelevant zal moeten zijn *van wie* de klacht afkomstig is.

Het ne bis-beginsel, dat onrechtvaardige behandelingen beoogt te voorkomen, verhindert ook in het tuchtrecht, dat (buiten de schuld van de betrokkene/beklaagde) later bekend geworden feiten geen aanleiding mogen zijn tot een nieuwe vervolging na een veroordeling.⁷⁶ Is het de eerste keer

72 Vgl. Sanders, a.w., p. 189.

73 Rapport van de Staatscommissie Medische Beroepsuitoefening, 1973, p. 72.

74 Y.H.M. Nijgh, Non bis in idem in de disciplinaire procedure, *Advocatenblad* 1960, p. 371; Sanders, a.w., p. 189; Rang, a.w. (1975), p. 116/117.

75 Zie bijvoorbeeld Tribunaal van het Arrondissement Utrecht, 6 december 1946, NOR 1947 — 517; Centraal Medisch Tuchtcollege 28 mei 1959, NJ 1960 — 448 en Hof van Discipline 30 mei 1960, *Advocatenblad* 1960, p. 392-394.

76 *Het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*, editie Schuurman en Jordens, bewerkt door D.H.M. Meuwissen en E.A. Alkema, Zwolle, 1972, p. 35, waar gewezen wordt op 1519/62 *Yearbook* VII, p. 346 en wordt gewaarschuwd voor 4212/69, *Coll.* 35, p. 151, waarin de Commissie niet uitsloot dat het fair trial-beginsel, zoals neergelegd in artikel 6 (1) van het Verdrag, ook het ne bis in idem-beginsel omvat. Zie hierover ook: E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten*, Deventer 1978, p. 65.

In zijn noot onder Europees Hof voor de rechten van de mens, 8 juni 1976, AA XXVI (1977), p. 65 stelt E.A. Alkema, dat de gevolgen van de beslissing van het Hof (dat het militair tuchtrecht onder de term 'criminal charge' valt) aanzienlijk kunnen zijn: 'Niet alleen het nulla poena-beginsel, maar op den duur misschien ook de regel ne bis in idem zouden van toepassing worden'. De beslissing van het Hof, dat bepaalde soorten rechtdoen onder het begrip 'criminal charge' vallen, moet ons er niet toe verleiden te stellen, dat nu tevens *alle* mogelijke strafrechtelijke beginselen voor die rechtspleging gaan gelden. Daarom is hier een passage opgenomen van de hand van de door Alkema genoemde T. Stein: (T. Stein, *Wehrdisziplinarrecht vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, Anmerkung zum 'Engel'-Urteil des

door allerlei mogelijke oorzaken niet tot een uiteindelijke uitspraak over de *beschuldiging* gekomen, dan is er geen reden hier een striktere toepassing van het beginsel te erkennen dan in het strafrecht, zodat dan (na nieuwe bezwaren) wel degelijk wederom actie kan worden ondernomen.

Nog een enkel woord over de hier niet gedeelde opvatting van Taat, waarin het individu telkens zozeer achtergesteld wordt bij de belangen van de 'gemeenschap'.⁷⁷ Wellicht is het wel zo, dat het in een kleinere gemeenschap moeilijker te 'verkopen' is, dat een schuldige ongestraft, of te weinig bestraft, blijft rondlopen. Maar het beginsel heeft in het tuchtrecht juist een bijzondere positieve inbreng ten behoeve van de gehele groep: het kan lichtvaardige tuchtprocedures voorkomen, die later in een vrijspraak moeten eindigen. Overigens — het dient weer te worden opgemerkt — is dit laatste wel weer een argument om in de verschillende vormen van tuchtrecht te bezien of er aanleiding is een officiële klachtinstantie in te stellen, zodat de tuchtcolleges niet door particuliere klagers gedwongen kunnen worden tot voortijdige uitspraken.

5.4 De geldigheid van het ne bis-beginsel bij hantering van het strafaanspraak naast tuchtrecht in de literatuur

De Pinto⁷⁸ maakt gewag van een arrest van de Hoge Raad uit 1851, waarin de Hoge Raad reeds bepaalde, dat door het instellen van een disciplinaire vordering de mogelijkheid van de strafvordering volstrekt niet wordt uitgesloten.⁷⁹ Hierdoor komt De Pinto aan zijn stelling over de verhouding van het disciplinaire recht tot het strafrecht: 'De disciplinaire vordering is on-

EGMR in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1976, p. 287) 'Dabei muss betont werden, dass die Einstufung der Disziplinarentscheidung als "strafrechtliche Anklage" im Sinne des Art. 6 allein dem Zweck dient, die Beachtung der Verfahrensgarantien aus dieser Vorschrift sicherzustellen. Das Disziplinarrecht wird dadurch nicht "Strafrecht" im Sinne anderer Normen, etwa mit der Folge, dass entgegen der Entscheidung des BVerfG vom 2.5.1967 der Grundsatz des "ne bis in idem" (art. 103 Abs. 3 GG) bei Zusammentreffen von strafrechtlicher Aburteilung und disziplinarer Ahndung ein und derselben Tat verletzt wäre'.

⁷⁷ Taat, a.w., passim. Vgl. ook zijn conclusie op p. 234.

⁷⁸ M. de Pinto, *Bijdrage tot de leer der disciplinaire bestraffingen van staatswege bedreigd*, Leiden, 1876, p. 34.

⁷⁹ HR 28 februari 1851, W 1210: 'O., dat bij art. 11 van het reglement van orde en discipline voor de advokaten en procureurs van 14 Sept. 1838 (Stb. no. 36), zoo als hetzelfde later is gewijzigd bij besluit van 5 Dec. 1844 (Stbl. no. 61), de raad van toezigt en discipline is belast met de zorg voor de eer van den stand der advokaten, met het houden van toezigt over hunne handelingen als zoodanig, en met het weren en beteugelen der inbreuken en misslagen;

O., dat de enkele woorden *inbreuken en misslagen* zijnde gebezigd, mitsdien eene uitsluiting, daarin te vinden, van misdrijven, door de wet met straf bedreigd, is eene allezins willekeurige opvatting, strijdig zoowel met de woorden als met den geest van genoemd artikel, vermits hetzelfde de raden van toezigt en discipline reeds in de eerste alinea belastende met de zorg voor de eer van den stand der advokaten, en dus eene uitdrukking bevattende van ruimer beteekenis, niet kan geacht worden in de derde alinea van de *inbreuken en misslagen* te hebben willen uitzonderen misdrijven, door de wet met straf bedreigd, en alzoo datgene, wat juist het meest strijdig is met de eer van den stand der advokaten'.

afhankelijk van de eigenlijke strafvordering en kan ondanks deze nog worden ingesteld'. Wanneer men daarentegen zou willen aanvoeren, dat op deze wijze dus één en dezelfde handeling marginaal tot drie (bedoeld wordt hier bovendien het civielrechtelijk aspect) vorderingen aanleiding zou kunnen geven, dan dient, volgens De Pinto, bedacht te worden, dat dit alleen dan het geval zal kunnen zijn, wanneer door één en dezelfde handeling drieërlei belangen zijn gelaedeerd of in gevaar gebracht:

Hij toch die een bijzondere hoedanigheid bezit, krachtens welke hij meer dan eenig ander tot het zich onthouden van verschillende handelingen of verzuimen verplicht is, heeft door een overtreding daarvan zich niet alleen als eenvoudig burger vergrepen tegenover de maatschappij en het individu, wiens belangen meer in 't bijzonder daardoor zijn benadeeld, maar ook tegenover hen, aan wie hij krachtens die bepaalde hoedanigheid meer in 't bijzonder is verbonden.⁸⁰

Dit argument van De Pinto, de schending van de plichten in de maatschappij én tegelijk de schending in de bijzondere groep, is later door de verschillende schrijvers, in telkens andere bewoordingen, herhaald. De Bie zegt het als volgt:

Immers wel wordt dezelfde materiële handeling tweemaal gestraft, maar zij wordt pas een disciplinair vergrijp door hare schending van de belangen eener bepaalde gemeenschap. Verstoort men nu door ééne materiële handeling het evenwicht van twee kringen, dan ligt het voor de hand, dat beide evenveel recht hebben, om den dader tot de orde te roepen.⁸¹

Ook in de Memorie van Toelichting op de Medische Tuchtwet 1928 is dit argument te vinden:

Het is denkbaar, dat een geval, dat ligt binnen de grenzen van dit wetsontwerp, tevens ligt binnen die van een bepaling van het Wetboek van Strafrecht, of grond oplevert voor een burgerrechtelijke vordering. Er is geen reden, dergelijk samentreffen uit te sluiten, omdat de klacht van dit onderwerp en de actie, gegrond op Strafwet of Burgerlijk Wetboek ieder een eigen belang te beschermen hebben.⁸²

De eerste, die deze argumentatie van kanttekeningen voorzag, was Röling. Hij noemt een drietal bezwaren.⁸³ Naast de ne bis in idem-regel beschouwt hij als aparte bezwaren de mogelijke onrechtvaardige en ondoelmatige wer-

80 De Pinto, a.w. p. 35.

81 H. de Bie, *Eenige beschouwingen over tuchtrecht*, Utrecht, 1904, p. 201.

82 Memorie van Toelichting, Bijlage Handelingen Tweede Kamer, 1924-1925, 290/3 (p. 5).

83 B.V.A. Röling, Is het wenschelijk, dat verband wordt gelegd tusschen de verschillende maatregelen naar aanleiding van een zelfde feit, te nemen door den strafrechter en andere bij of krachtens de wet ingestelde organen? Zoo ja, op welke wijze ware dit verband te regelen?, I. Praeadvies, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1936, eerste stuk, p. 71 e.v.

king van de meervoudige reactie. Met betrekking tot de mogelijke onrechtvaardigheid merkt Röling op, dat het niet onmogelijk is, dat toch juist *dezelfde* normschending voor een deel dubbel wordt bestraft:

Het kan zijn, dat de daad een schending van een bijzonderen plicht meebracht. Dan is de normschending grootter. En dan kan de dubbele reactie inderdaad juist de rechtvaardigheid bereiken. Maar in de meeste gevallen zal de reactie in den bijzonderen kring elementen in de waardeering betrekken, die eigenlijk ook door den strafrechter worden gebruikt. Hier kan eenvoudige cumulatie, zonder dat de reagerenden met elkaars reactie rekening houden, onrechtvaardig zijn.⁸⁴

Bij de uitwerking van de mogelijke ondoelmatige werking roept Röling de verschillende gerechten op, om tussen hun reacties verband te leggen en met elkaars reactie rekening te houden.⁸⁵ Ook het ne bis in idem-beginsel krijgt een nadere bespreking:

Men acht het onjuist indien dezelfde zaak tweemaal wordt berecht ... Juridisch behoeft er geheel geen bezwaar tegen te bestaan iemand zoowel strafrechtelijk als tuchtrechtelijk te vervolgen wegens hetzelfde feitencomplex. Immers het gaat bij de berechting om de normschennis. En de normen van twee kringen zijn hier gescheiden. Maar dergelijke subtiele onderscheidingen liggen den leek niet ...⁸⁶

Deze kritische kanttekeningen van Röling leiden tot zijn conclusie, dat naar gelang het tuchtrecht meer het karakter van strafrecht aanneemt, het meer gewenst wordt om dubbele berechting te voorkomen.⁸⁷

Gijsen, die net als Röling adviseerde voor de vergadering van de N.J.V. in 1936 en die hoofdzakelijk de verhouding van de crisis-tuchtrechtspraak tot de strafrechtspraak behandelde,⁸⁸ gaat er in zijn preadvies van uit, dat dubbele berechting van de krachtens de Landbouw-Crisiswet strafbaar gestelde feiten, die ook alle tuchtrechtelijk strafbaar zijn, voorkomen dient te worden.⁸⁹ Daar evenwel, waar een tuchtrechter groepen is om de bijzondere belangen van een beperkte gemeenschap te beschermen (Gijsen noemt als voorbeelden de belangen van de stand der advocaten, medici, enzovoort) of daar waar bijzondere tucht moet heersen, wil de kring zijn taak in de maatschappij naar behoren kunnen uitoefenen, is een dubbele berechting volgens hem zeer wel mogelijk.⁹⁰

84 Ibidem, p. 72.

85 Ibidem, p. 74.

86 Ibidem, p. 75.

87 Ibidem, p. 76/77.

88 H.A.J. Gijsen, Is het wenschelijk, dat verband wordt gelegd tusschen de verschillende maatregelen naar aanleiding van een zelfde feit, te nemen door den strafrechter en andere bij of krachtens de wet ingestelde organen? Zoo ja, op welke wijze ware dit verband te regelen?, II. Praeadvies, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1936, eerste stuk, p. 1.

89 Ibidem, p. 25 jo 29.

90 Ibidem, p. 37.

In hoofdstuk 1 is al op de verschillende bestaansredenen van het tucht-recht naast het strafrecht, genoemd door mevrouw Hazewinkel-Suringa, ge-wezen. Zij noemde in de beraadslagingen van de N.J.V. in 1936, naar aan-leiding van de preadviezen van Röling en Gijsen, deze redenen ‘functies’, in verband met de vraag, of een ‘dubbele’ reactie op één feitelijk gebeuren toelaatbaar is.⁹¹ Een deel van het tuchtrecht kende zij ten opzichte van het strafrecht een ‘plaatsvervangende’ functie toe.⁹² Zij dacht hier bijvoor-beeld aan menige militair-tuchtrechtelijke vervolging van feiten, die ook tot een strafrechtelijke vervolging had kunnen leiden. In de lijn van Gijsen, die eenzelfde oordeel had ten aanzien van de crisis-tuchtrechtspraak, acht zij een cumulatie hier niet toelaatbaar. Voorts is zij van mening, dat daar waar het doel van het tuchtrecht het hooghouden is van de eer en waardig-heid van de stand (‘correctieve’ functie) een cumulatie ‘uiteraard’ niet aan de orde is, omdat deze feiten niet samenvallen met enig strafrechtelijk in-grijpen.⁹³ Vervolgens wijst zij nog op een derde soort, namelijk het tucht-recht met een ‘zuiverende’ functie. Dit tuchtrecht heeft ten doel zonodig met uitstoting te reageren.⁹⁴ Hier acht mevrouw Hazewinkel, zich beroe-pend op De Pinto, een cumulatie zeer wel te verdedigen, omdat de straf-en tuchtrechter een verschillend doel zouden nastreven en zich op verschil-lend standpunt zouden plaatsen. Voor de tuchtrechter is de veroordeling wegens het strafbare feit slechts het symptoom van onwaardigheid en door dat symptoom wordt zijn disciplinair optreden gemotiveerd:

Daar waar straf- en tuchtrecht samenlopen, worden diegenen dubbel getroffen, die in de maatschappij op belangrijke posten staan, bijzondere posities innemen. Daarin steekt niets onbillijks. Begaan medici, notarissen, rechters en andere ambte-naren, van wie verwacht mag worden dat zij zich beter gedragen dan de gewone mensen, juist omdat in hen bijzonder vertrouwen wordt gesteld, strafbare fei-ten, dan is het goed, dat zij niet slechts gestraft worden als ieder ander, maar dat zij daarnaast disciplinaire schorsing of uitstoting moeten dragen. De straf hebben zij te ondergaan, omdat zij zich misdroegen tegenover de gemeenschap gelijk de gewone burger; de tuchtstraf hebben zij te aanvaarden, omdat zij zich door hun daad onwaardig hebben getoond om deel uit te maken der bijzondere groep. No-blesse oblige.⁹⁵

De vergadering van de N.J.V. sprak overigens met bijna algemene stemmen uit, dat zoveel mogelijk twee van elkaar onafhankelijke reacties van straf-en tuchtrechter moesten worden voorkomen.

91 Mevr. D. Hazewinkel-Suringa, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1936, p. 160 e.v. Zie ook hoofdstuk 1, paragraaf 1.12.

92 Ibidem, p. 165/166.

93 Ibidem, p. 161/162.

94 Ibidem, p. 162 e.v.

95 Ibidem, p. 164; ook Sanders, a.w., p. 190/191 citeert deze woorden.

Het toeval wil, dat ook aan de Hoge Raad in 1936 een uitspraak over deze materie werd gevraagd.⁹⁶ Requirant, een grossier in aardappelen, was al veroordeeld door de Commissie voor Tuchtrechtspraak te Alkmaar op grond van een overtreding van de Landbouw-Crisiswet. Zoals hierboven terloops werd opgemerkt, waren dit soort feiten niet alleen tuchtrechtelijk, doch ook strafrechtelijk vervolgbaar. Toen de grossier dan ook na de tuchtrechtelijke veroordeling ook nog strafrechtelijk veroordeeld werd, was zijn cassatiemiddel, dat de Rechtbank ten onrechte het Openbaar Ministerie ontvankelijk had verklaard:

De straf, reeds opgelegd aan requirant door de Commissie voor Tuchtrechtspraak te Alkmaar, is wel degelijk te beschouwen als een straf van den Rechter, bedoeld in art. 68, 1e lid, omdat de disciplinaire rechtspraak in casu door den Wetgever is geregeld en niet is te beschouwen als een vrijwillige tusschen georganiseerden zonder meer.

De Hoge Raad vond echter, dat het beroep op een dubbele vervolging in de zin van art. 68 Sr faalde,

... omdat dit artikel – gelijk reeds blijkt uit de woorden ‘andermaal vervolgd’ – enkel het oog heeft op een eerdere beslissing ter gelegenheid van een gelijksoortige vervolging, als waarvoor de bepaling van art. 68 geldt, dus ter gelegenheid van een strafvervolging.⁹⁷

Een enkele opmerking over dit arrest. Aanvankelijk zou men geneigd kunnen zijn hieraan weinig waarde toe te kennen, aangezien het handelt over de crisis-tuchtrechtspraak, een vorm van rechtspraak, welke om meerdere redenen⁹⁸ geen aanspraak zou mogen maken op de kwalifikatie ‘tuchtrecht’. Het lijkt eerder een vorm van strafrecht, zoals bijvoorbeeld ook de verkeersrechtspraak tot het strafrecht wordt gerekend of hooguit een vorm van tuchtingsrecht. Maar als men reeds een dergelijke opvatting

96 HR 4 mei 1936 NJ 1937 – 30.

97 Gijsen, a.w. p. 27/28 maakt ook melding van een uitspraak van de Centrale Commissie voor de Crisis-Tuchtrechtspraak, die de opvatting van de (lagere) Commissie te 's-Gravenhage niet deelde, dat een feit buiten verder onderzoek diende te blijven, op grond dat dit al strafrechtelijk tot een vrijspraak had geleid, o.m. aangezien deze tuchtrechtspraak over een andere procedure en andere straffen beschikte. Uit dit soort gevallen blijkt, dat het slecht gesteld was met het overleg tussen het Openbaar Ministerie en de Hoofdamtenaar voor de Crisis-Tuchtrechtspraak. Aangezien de rechtspraak op grond van de Crisiswetten m.i. ten onrechte ‘tuchtrechtspraak’ wordt genoemd, lijkt deze uitspraak niet in te passen in onze theorieën. Zo ook: Tribunaal te Utrecht, 6 december 1946 NOR 1947 – 517, waarin de stelling werd verdedigd, dat het Tribunaal, na een (vrijsprekend) vonnis van het Bijzonder Gerechtshof, toch nog van dezelfde feiten mocht kennismaken.

98 Zowel de vrijwillige aanwezigheid in de groep ontbreekt (zie Gijsen, a.w., p. 3 noot 1, waarin hij aanhaalt het arrest van de Hoge Raad van 24 april 1933, W 12614, waarin de HR erkent, dat de betreffende varkenshouder gedwongen was lid der organisatie te worden), als ook is hier geen sprake van een eenheid met een saamhorigheidsgevoel (vgl. hoofdstuk 1, p. 25 e.v.)

huldigde over de relatie van het strafrecht tot de crisis-tuchtrechtspraak, dan zal het duidelijk zijn, dat in de 'echte' tuchtrechtspraak geen afwijken-de mening te verwachten was. (Ook de huidige rechtspraak acht 'dubbele vervolgingen' toelaatbaar).⁹⁹

De Gaay Fortman (schrijvend over het medische tuchtrecht) ziet in 1947 bezwaren tegen een dubbele vervolging, omdat én geldboete én ontzegging van bepaalde rechten (waaronder dat tot het uitoefenen van bepaalde beroepen) behoren tot de straffen, die beide rechters kunnen opleggen.¹⁰⁰ De Gaay Fortman doet een beroep op het gezonde verstand. Het lijkt hem

ook ter bevrediging van het rechtsgevoel voordehandliggend, dat de inspectie zich onthoudt van zaken, waarin de strafrechter optreedt, tenzij er bij vrijspraak niettemin termen zijn voor oplegging van een tuchtmaatregel of in het algemeen voor ontzegging van bevoegdheid. Dat een rechtstreeks belanghebbende ondanks een strafvervolging een tuchtrechtelijke klacht indient, is niet te voorkomen. De tuchtrechter zal, als dat geschiedt, met wijs beleid moeten handelen, opdat eenerzijds het rechtsgevoel van den klager bevredigd wordt, anderzijds de persoon, over wien geklaagd wordt, niet bovenmate getroffen wordt, waarbij de bevrediging van het rechtsgevoel niet minder in het geding is.¹⁰¹

Taat stelt in 1948, dat een groepslid zwaarder moet boeten dan een niet-groepslid, dat hetzelfde feit bedreven heeft.¹⁰² Hij maakt zich immers aan twee vergrijpen schuldig. Wel heeft Taat oog voor de verwantschap tussen de tuchtstrafvordering en de 'gewone' strafvordering:¹⁰³ het kan voorkomen, dat de combinatie van tucht- en gewone straf de delinquent onevenredig zwaar treft. Soms worden onwillekeurig strafrechtelijke elementen in de beoordeling van de op te leggen tuchtstraf betrokken en omgekeerd. Taat is dan ook vóór dubbele berechting, maar geenszins geheel onafhankelijk van elkaar. Daartoe zou hij imperatief voorgeschreven willen zien, dat het Openbaar Ministerie contact zal moeten zoeken met de instantie, die met de tuchtrechtelijke vervolging is belast.¹⁰⁴ Het Openbaar Ministerie moet dan volgens Taat trachten te voorkomen, dat door de combinatie van tuchtstraf en 'criminele' straf meer leed wordt aangedaan, dan de som van wat straf- en tuchtrechter afzonderlijk bedoeld hebben.

In 1951 verschijnt de dissertatie van J. Remmelink, waarin deze onder meer de vraag behandelt of bij overschrijding van de bevoegdheid een beroep uit te oefenen (art. 436 Sr) tuchtrechtelijke dan wel strafrechtelijke

99 Vgl. HR 5 juni 1964 NJ 1965 – 62 en HR 25 april 1975, NJ 1975 – 415.

100 B. de Gaay Fortman, *Medisch Tuchtrecht*, Zwolle 1947, p. 57.

101 Ibidem, p. 57/58.

102 J.F. Taat, *Beschouwingen over tuchtrecht*, Boskoop, 1948, p. 94.

103 Ibidem, p. 95.

104 Ibidem, p. 97/98.

behandeling de voorkeur verdient.¹⁰⁵ Door zich deze vraag te stellen, geeft R Emmelink al impliciet aan, dat de berechting door één instantie de voorkeur verdient, waarbij hij op grond van verschillende argumenten kiest voor een tuchtrechtelijke behandeling. Aan het slot van zijn beschouwing stelt hij bovendien expliciet:

Hoewel zij toegegeven, dat hier twee rechtsorden geschonden worden, waarmee het principiële recht van een dubbele berechting erkend wordt, zou ik alleen in bijzondere gevallen, b.v. wanneer er hechtenisstraf op zijn plaats is, tot *strafrechtelijke* vervolging van hen, die het betrokken beroep uitoefenen, willen overgaan.¹⁰⁶

In dit chronologische literatuur-overzicht staan we thans even stil bij de noot van R öling onder een arrest van 1964.¹⁰⁷ In zijn preadvies van 1936 had R öling al vermeld, dat hij van mening was, dat de ne bis in idem-regel niet een beletsel diende te zijn voor een dubbele vervolging: normen van twee kringen zouden zijn geschonden. Maar destijds legde hij de nadruk op de mogelijke ondoelmatigheid en onrechtvaardigheid van een dubbele berechting en wees hij erop, dat een leek de nuances van de dubbele normschending niet ziet.

Teneinde te onderstrepen, dat een dubbele vervolging wettelijk wèl geoorloofd is, stelt R öling nu:

Art. 68 heeft grondslagen van geheel verschillende aard: de autoriteit van het vonnis, het onrechtvaardige van tweemaalige bestraffing, het onjuiste van een meermalige procesvoering. Geen van deze grondslagen speelt een rol als tuchtrechtelijk wordt vervolgd, nadat strafrechtelijk over dezelfde feiten uitspraak is gedaan. Immers er kunnen andere regels gelden voor de bewijsvoering, zoals er andere motieven kunnen gelden voor de bestraffing. De straf dient de handhaving van de rechtsorde, de tuchtrechtelijke sanctie de handhaving van de orde in de kleinere groep waarbinnen het tuchtrecht geldt.

R öling doet vervolgens nog een pleister op de wonde door de later oordelende tuchtrechter op te dragen rekening te houden met de al reeds opgelegde rechterlijke straf.

Sanders, wiens werk als een 'opvolger' van het boek van De Gaay Fortman kan worden gezien, is het blijkbaar met de hierboven geciteerde mening van R Emmelink eens, want hij noemt dit een waardevol advies van een gewezen Officier van Justitie.¹⁰⁸ Naast een mogelijk op te leggen hech-

105 J. R Emmelink, *Onbevoegde uitoefening van beroepen in het Nederlands Strafrecht*, Utrecht, 1951, p. 107/108.

106 Ibidem, p. 109.

107 HR 5 juni 1964 NJ 1965 - 62.

108 Sanders, a.w. p. 194.

tenisstraf ziet Sanders nóg een argument om de reactie aan de strafrechter over te laten, namelijk wanneer er een redelijke kans bestaat op een voorwaardelijke veroordeling, die de tuchtrechter niet in staat is op te leggen.¹⁰⁹

De opmerkingen van Remmelink en Sanders gaan er van uit, dat zowel de inspecteur (de 'officiële' vervolger van het medisch tuchtrecht) als het Openbaar Ministerie altijd van elkaars plannen op de hoogte zijn. Sanders wil dan ook een tijdig overleg tussen deze instanties. Indien er een redelijke kans bestaat op een (strafrechtelijke) voorwaardelijke veroordeling zou dit overleg er, volgens hem, toe kunnen leiden, dat aan zulk een veroordeling bijzondere voorwaarden worden verbonden, waarin ook het medische aspect van de zaak wordt betrokken, bijvoorbeeld door inschakeling van een inspecteur tot het houden van toezicht gedurende de proeftijd.¹¹⁰ Tot slot bepleit Sanders richtlijnen voor het overleg tussen het Openbaar Ministerie en de Hoofdinspectie, teneinde de artsen voor een dubbele berechting te vrijwaren.¹¹¹

Ook Rang, die het gelijktijdig voeren van de twee procedures ongewenst acht, is van mening, dat het overleg tussen het Openbaar Ministerie en de inspectie dient te worden 'geinstitutionaliseerd'.¹¹²

Samenvattend kan worden gesteld, dat behalve de Hoge Raad alle genoemde schrijvers, of zij zich nu specifiek uitlieten over het wettelijk tuchtrecht, dan wel over het tuchtrecht in het algemeen, de mening toegedaan zijn, dat een tuchtrechtelijke berechting naast een strafrechtelijke in principe toegestaan is. Over de vraag naar de wenselijkheid hiervan en de mate, waarin de beide procedures elkaar, vooral op het niveau van de strafmaat, behoren te beïnvloeden, lopen de meningen uiteen.

5.5 Uitwerking van de geldigheid van het ne bis in idem-beginsel bij hantering van het straf- naast tuchtrecht

5.5.1 Inleiding

In paragraaf 5.3 hebben we geconcludeerd, dat het 'ne bis in idem'-beginsel zowel binnen het civiel-, straf- als tuchtrecht geldt. De geciteerde schrijvers blijken te spreken over een beïnvloeding van een straf- naast tuchtrechtelijke procedure. Hoe analyseren wij nu de werking van het beginsel op strafrechtelijke naast tuchtrechtelijke en tuchtrechtelijke naast

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem, p. 194/195.

¹¹¹ Ibidem, p. 195.

¹¹² Rang, t.a.p. (1975), p. 118.

strafrechtelijke vervolgingen? In de Wet Economische Delicten is daarvoor een speciale regeling opgenomen.

5.5.2 *De Wet Economische Delicten*

Artikel 5 van deze wet luidt als volgt:

Tenzij bij de wet anders is bepaald, kunnen ter zake van economische delicten geen andere voorzieningen met de strekking van straf of tuchtmaatregel worden getroffen dan de straffen en maatregelen, overeenkomstig deze wet op te leggen.

Mulder¹¹³ herinnert ons aan de redenen van opnemings van dit artikel in de wet aan de hand van de parlementaire stukken: in de eerste plaats fungeert artikel 5 als waarschuwingssignaal voor de wetgever, wanneer hij opnieuw tuchtrechtspraak op sociaal-economisch gebied zou willen creëren of met administratief-rechtelijke sankties zou willen gaan dreigen en in de tweede plaats als signaal voor de administratie, wanneer zij ongeschreven sankties zou willen toepassen. In principe verbiedt de wet derhalve tucht- of administratief-rechtelijke sankties op het gebied van het economisch recht.¹¹⁴ Het strafrecht heeft de sankties gemonopoliseerd. Het ne bis-beginsel werkt dan dusdanig 'krachtig', dat het dubbele vervolgingen voorkomt. Mulder noemt enige uitzonderingen, zoals de Wet op de Bedrijfsorganisatie,¹¹⁵ die voor sommige overtredingen een tucht- naast strafrechtelijke

113 A. Mulder, *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle 1975, p. 50.

114 De Hoge Raad (15 mei 1970, NJ 1970 – 327) verbiedt zelfs civielrechtelijke sankties: '(...) dat het niet in de bedoeling van de wetgever kan hebben gelegen dat dit beleid zou kunnen worden doorkruist door ingrijpende maatregelen van privaatrechtelijke aard op initiatief van andere overheidsorganen dan die, welke door de wetgever met de zorg voor de naleving van de genoemde bepalingen zijn belast'. In casu had het Bedrijfschap voor de Detailhandel in Aardappelen, Groenten en Fruit in kort geding gevorderd, dat aan een zekere Klomp, die zonder vestigingsvergunning een bedrijf uitoefende, het bevel zou worden gegeven te stoppen met de uitoefening van de handel, op straffe van een dwangsom van f 100,- per dag. De HR is derhalve van mening, dat de enige toelaatbare rechtsingang hier een strafrechtelijke vervolging is op grond van een overtreding van de bepalingen van de Vestigingswet Bedrijven 1954. (Er zijn plannen om voor de Vestigingswet het particuliere initiatief in de wet toelaatbaar te verklaren).

115 Mulder, a.w., p. 52 noemt:

- de Landbouwwet 1938;
- de Wet Autovervoer Goederen (art. 3);
- de Zaaizaad- en Plantgoedwet (art. 88 jo 98);
- de Wet op de Loonvorming (art. 20, lid 2);
- de Noodwet Voedselvoorziening (art. 26);
- de Landbouwkwaliteitswet (art. 13 jo 18).

Op grond van de Wet op de Bedrijfsorganisatie jo. de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie maken van de tuchtrechtelijke mogelijkheden gebruik:

- het Bedrijfschap voor Groothandel in Eieren;
- het Bedrijfschap voor Groothandel en Tussenpersonen in Groenten en Fruit;
- het Bedrijfschap voor Pluimveehandel en -industrie en
- het Bedrijfschap voor de Handel in Pluimvee, Wild en Tamme Konijnen.

(Vgl. A. Mulder in zijn noot bij Coll. van Beroep 1 mei 1973, *SEW* 1974, p. 397/398).

vervolging mogelijk maakt.¹¹⁶ Een dubbele vervolging zal echter *in de praktijk* niet voorkomen, omdat ex art. 105 lid 2 van de Wet op de Bedrijfsorganisatie de Officier van Justitie moet beslissen, of een overtreding strafrechtelijk dan wel tuchtrechtelijk wordt afgedaan. In de Memorie van Toelichting, behorend bij dit artikel, gaan de bewindslieden nader in op de bestraffing van deze feiten:

De beslissing, op welke wijze een aldus gekwalificeerd feit zal worden vervolgd, wordt overgelaten aan het openbaar ministerie. Kiest dit voor tuchtrechtelijke afdoening, dan verwijst het de zaak naar het bevoegde tuchtgerecht. Op deze wijze wordt dubbele berechting voorkomen.¹¹⁷

Als antwoord op de niet-gerustgestelde leden van de Kamer diep de Memorie van Antwoord de kwestie nog nader uit:

Doordien de wet, in lid 2 van het gewijzigde artikel 105 van de Wet op de Bedrijfsorganisatie, de beslissing, of een overtreding al dan niet tuchtrechtelijk zal worden *afgedaan*, aan de officier van justitie opdraagt, staat voldoende vast, dat, indien tot tuchtrechtelijke vervolging wordt overgegaan, strafrechtelijke behandeling daarna is uitgesloten. Het zou overbodig zijn in het gewijzigde artikel 105 nog te bepalen, dat door verwijzing naar een tuchtgerecht het recht tot strafvervolging vervalst.¹¹⁸

Mulder wijst er overigens nog op,¹¹⁹ dat de officier vrijwel altijd die zaken, die daarvoor vatbaar zijn, naar het tuchtgerecht verwijst. Aangezien het om grote aantallen te verwijzen zaken gaat, heeft het O.M. zijn verwijzingsbevoegdheid in veel gevallen gedelegeerd aan opsporingsinstanties.

Waarom zouden deze regelingen nu zo expliciet in de wettelijke bepalingen zijn opgenomen, terwijl het overig tuchtrecht het, zoals we hierna in 5.5.3 zullen zien, zonder een schriftelijke weergave van enige uitwerking van het beginsel moet doen? Hiervoor is, behalve het feit, dat het economisch strafrecht eerst kort geleden gecodificeerd is, ook een theoretische verklaring te geven: de hier genoemde soorten tuchtrecht, bijvoorbeeld het tuchtrecht van de Wet op de Bedrijfsorganisatie, zouden eigenlijk geen tuchtrecht genoemd mogen worden. In wezen hebben we hier immers met een bepaald soort strafrecht te maken. In ieder geval ligt het (tucht)strafstelsel van deze wet zeer dicht tegen het strafrecht aan. En dan zou men

116 We zagen het al in het geval, dat geschetst is in hoofdstuk 4, subparagraaf 4.1.3.1.

117 Wet op de Bedrijfsorganisatie, Editie Schuurman en Jordens, 135-I, 1980, p. 81.

118 Ibidem, p. 82/83.

119 In zijn annotatie onder de in noot 115 aangehaalde uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, SEW 1974, p. 397.

kunnen redeneren, dat de vraag, die in de WED wordt beantwoord, in wezen niet is of deze uitwerking van het ne bis in idem-beginsel ook geldt *tussen* het straf- en tuchtrecht ('*externe werking*' van het beginsel betreft dubbele vervolgingen in verschillende rechtsstelsels), maar binnen het strafrecht ('*interne werking*' van het beginsel betreft *herhaalde* vervolgingen in hetzelfde rechtsstelsel). Dan is artikel 5 toch minder verrassend. Ingeval men de mening is toegedaan, dat hier toch van externe werking dient te worden gesproken, dan is in elk geval *deze* externe werking, die slechts een geringe 'afstand' overbrugt, niet zo spectaculair.

5.5.3 *Het overig tuchtrecht*

5.5.3.1 *De werking van het beginsel*

Dat het 'ne bis in idem'-beginsel zowel in het civiel- als in het strafrecht geldt is *communis opinio*. Op zich brengt dit niet mee, dat het beginsel ook invloed heeft op civielrechtelijke *naast* strafrechtelijke sankties. In elk geval is de externe werking van het beginsel tussen het straf- en civielrecht niet zodanig, dat een straf- naast civielrechtelijk optreden onmogelijk is. Zou nu ditzelfde gelden voor een straf- naast tuchtrechtelijk optreden?

Het is juist, dat artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht op zich nooit een strafvervolgung in de weg kan staan na een tuchtrechtelijke vervolging. Maar art. 68 is slechts een uitwerking van het ne bis-beginsel.¹²⁰ Het beginsel is niet in zijn geheel omvat in de bewoordingen van dat artikel. Er bestaat een ongeschreven ne bis in idem-beginsel, waarvan art. 68 een krachtige uitwerking geeft, die overigens slechts geldt binnen het strafrechtelijk stelsel zelf: een nieuwe vervolging wordt eenvoudig voorkomen. In verband met deze ruime interpretatie van het ne bis-beginsel kan worden gewezen op de in Duitsland geëxpliceerde Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Ueberschreidungsverbot).¹²¹ Dit beginsel, dat Schäfer indeelt als beginsel van het strafprocesrecht, heeft mijns inziens een breed werkteerrein. Gekoppeld aan hetgeen opgemerkt is over artikel 1401 BW, dient een optreden van of bij een rechterlijke instantie zowel straf- als tuchtrechtelijk te worden begrensd door het evenredigheidsbeginsel. Visser¹²² zegt in dit verband, dat het verbod van usage abusif en acquisition abusive meebrengt, dat men zijn rechten processioneel slechts geldend mag maken, indien men daarbij een betamelijk belang heeft, dat minstens opweegt tegen het na-

120 Zo maakte ook de rechtbank Dordrecht, (11 maart 1977, NJ 1977 – 298) zich (vgl. de noot van Van Veen) los van de gebezigde terminologie van artikel 68 Sr.

121 K. Schäfer, *Strafprozessrecht*, Berlin-New York, 1976, pp. 96-98.

122 J.L.A. Visser, a.w., p. 45.

deel, dat men daarmee aan anderen toebrenkt. Ook Leibholz en Rinck redeneren op deze manier:¹²³

Es ist denkbar, dasz eine strafgerichtliche Verurteilung auch den disziplinarischen Erfordernissen gerecht wird. Da im Bereich des Disziplinarrechts das Opportunitätsprinzip gilt, obliegt es bei vorangegangenen Strafverfahren den berufsständischen Organen zu prüfen, ob eine Disziplinarmaßnahme zusätzlich notwendig ist. Daraus folgt, dasz die Verhängung einer Disziplinarmaßnahme nach strafgerichtlicher Verurteilung, ohne dasz dazu im Einzelfall eine spezifische disziplinäre Notwendigkeit besteht, zu einer Belastung des Betroffenen führen kann, die mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht mehr vereinbar wäre.

Het rechtsbeginsel van de evenredigheid kan derhalve een rol spelen bij de vraag, of een tuchtrechtelijke naast een strafrechtelijke veroordeling geoorloofd is. Maar er is meer. Wanneer Röling zich in zijn noot onder NJ 1965-62 de vraag stelt, of het ne bis in idem-beginsel een rol speelt bij dubbele (dat wil zeggen tuchtrechtelijke én strafrechtelijke) vervolging, komt hij te vroeg tot het standpunt, dat geen van de grondslagen van artikel 68 van toepassing zijn op deze kwestie.¹²⁴ Wellicht zijn sommige grondslagen wat minder van toepassing (zo kan men nauwelijks zeggen, dat de autoriteit van het vonnis aangetast wordt door een 'dubbele vervolging'), andere grondslagen komen wel in aanmerking. Zo zal de rechtszekerheid, namelijk de zekerheid om van een zaak af te zijn, wel degelijk mee kunnen spelen. Men kan zich voorstellen, dat het in de 'rede' ligt, dat iemand, die voor een zaak is veroordeeld tot straf, er dan ook vanaf is en niet allerlei nieuwe reacties behoeft te verwachten. Maar in elk geval blijft het hoofdmotief van het ne bis-beginsel overeind, namelijk dat een dubbele vervolging niet onredelijk mag zijn: een ongelimiteerd (tweede) optreden kan in strijd zijn met de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt, waarbij het verwachtingspatroon van de burger zeker een rol speelt. Dit onrechtmatige daad-'idee' ligt ook ten grondslag aan het genoemde evenredigheidsbeginsel in het procesrecht. Vooral gelet op deze redenen zou men het ne bis-beginsel ook een externe werking kunnen toekennen. Het heeft zeker ook zijn invloed op de relatie straf- en tuchtrecht. De taak van het ne bis-beginsel in de relatie tuchtrecht-strafrecht is in hoofdzaak ervoor zorg te dragen, dat niet wordt gehandeld in strijd met de maatschappelijk vereiste zorgvuldigheid. Dit houdt niet in, dat in alle gevallen 'dubbele' vervolgingen bij voorbaat al verboden zijn. De vorm, waarin het beginsel tot uitdrukking komt op een bepaalde relatie, hangt af

123 G. Leibholz u. H. Rinck unter Mitwirkung von D. Hesselbergh, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Köln 1975, p. 895.

124 Vgl. de mening van Röling in 1936, a.w., p. 71 e.v.

van de plaats van het tuchtrecht op de glijdende schaal. Zo kan de uitwerking van dit beginsel meebrengen, dat in de eerste plaats zo mogelijk een dubbel optreden wordt voorkomen. In het wettelijk tuchtrecht zou men in elk geval kunnen denken aan een coördinatie van de vervolging door bijvoorbeeld de Officier van Justitie. In het volgende hoofdstuk wordt nader ingegaan op de communicatie tussen de twee rechtssystemen en de problemen, die zich daarbij voordoen. Mocht een 'dubbele' vervolging niet zijn te voorkomen, dan is het zaak, dat de processuele 'schade' voor de verdachte zo gering mogelijk wordt gehouden en dan is het aan de rechter zorg te dragen voor een strafmaat, die de verdachte niet onevenredig zwaar treft. Men denke hierbij aan het nemo debet bis vexari-beginsel. Dit 'kwellen' geldt, naar men zegt, voor het terechtstaan. In beginsel mag niemand dus tweemaal tot het doorstaan van een proces worden gedwongen. Maar 'bis vexari' geldt natuurlijk a fortiori voor het *straffen*. De rechter dient zich af te vragen, of een ongelimiteerde opeenhoping van straffen, maatregelen en financiële consequenties naar aanleiding van één materiële misstap nog wel in verhouding staat tot die misstap. Mede daarom ook zijn in het Wetboek van Strafrecht in de regels van de samenloop (artikelen 55 e.v. Sr) allerlei mitigerende bepalingen opgenomen. Zo wordt voorkomen, dat een verdachte, doordat zijn handelen onder meerdere strafbepalingen valt, onevenredig zwaar wordt gestraft!

In de huidige rechtspraktijk bestaat er gevaar voor onevenredigheid, als bijvoorbeeld een arts, wanneer hij zich aan een straf- en tuchtvergrijp schuldig maakt, veroordeeld wordt tot een geldboete door de strafrechter, wettelijke tuchtrechter *en* de 'eigen' tuchtrechters van de K.N.M.G., terwijl tenslotte de burgerlijke rechter hem nogmaals vermogensrechtelijk zou kunnen treffen door hem, op grond van hetzij wanprestatie, hetzij onrechtmatige daad een schadevergoeding te laten betalen. Duidelijk wordt hiermee, dat de eis, om de rechters rekening te laten houden met elkaars vonnissen, niet alleen is ingegeven door de eis van fairheid in het procesrecht,¹²⁵ maar sterker nog, door de eis om zorgvuldig te handelen en rekening te houden met de werking van het ne bis in idem-beginsel. Daarom is de in 1936 verkondigde mening van mevrouw Hazewinkel,¹²⁶ dat het strafrecht weliswaar rekening moet houden met alle omstandigheden, maar *niet* met het vermoedelijk verdere levenslot, onjuist. Mevrouw Hazewinkel verzette zich daarbij tegen het maken van onderscheid tijdens de terechtzitting tussen omstandigheden, die wél en die niet bekend zijn. Zij had tegen deze redenering bezwaar, omdat dan een werkloze, die niets meer te verliezen heeft, zwaarder zou worden gestraft. Daarom zou de

125 Vgl. de noten van Röling onder HR 5 juni 1964, NJ 1965 – 62 en HR 3 mei 1949, NJ 1949 – 474.

126 Mevr. Hazewinkel-Suringa, *Handelingen N.J.V.* 1936, p. 163/164.

rechter geen rekening mogen houden met zaken als een civiele aktie, vaderlijke toorn, ontslag en ontwrichting van het gezin.

Tot op heden wezen velen er reeds op, dat de verschillende rechters rekening moesten houden met elkaars vonnissen.¹²⁷ In het militair tuchtrecht is de wenselijkheid, dat rechters rekening houden met elkaars straf, vastgelegd in een uitdrukkelijke bepaling, dat de militaire strafrechter in een dergelijk geval bij de vaststelling van de straf met de reeds opgelegde tuchtrechtelijke straf rekening moet houden.¹²⁸ Afgezien van de praktische bezwaren, die ontstaan wanneer de rechters rekening willen houden met elkaars straf,¹²⁹ merkt Röling op,¹³⁰ dat een strafrechtelijke reaktie *reklassering* beoogt, terwijl een tuchtrechtelijke *deklassering* in de hand werkt. In hoofdstuk 1 hebben we reeds stelling genomen tegen dit onderscheid.¹³¹

Gijsen¹³² noemt een aantal, men zou kunnen zeggen, emotionele bezwaren. Wie zal de mate van leed, dat iemand ondervindt, met juistheid kunnen vaststellen? Vanuit dit onzekere uitgangspunt wordt – volgens Gijsen – nu iets in mindering gebracht, dat op zich zelf ook weer onzeker is. Men zou in onbillijkheden vervallen jegens hen, die eveneens zijn blootgesteld aan reacties van de maatschappij, waarmee echter de strafrechter veelal in het geheel geen rekening kan houden, omdat zij hem niet bekend zijn. Veel erger noemt Gijsen het bezwaar, dat van de straf, opgelegd door de strafrechter, een zekere algemene preventie uitgaat, welke werking de tuchtstraf dan zou missen.

Het is uiteraard een goede zaak, wanneer de rechter zich van de geschetste moeilijkheden bewust is bij het bepalen van de straf. Ergens geen rekening mee houden, omdat andere gevallen mogelijk onbekend blijven, lijkt minder juist: het al dan niet rekening houden met omstandigheden kan daardoor een willekeurig karakter krijgen.

Tot nu toe is vrij abstract gesteld, dát de rechter rekening dient te houden met de straf van een andere rechter. Maar in welke *mate* dient dit te geschieden? Taat¹³³ meent, dat de 'tweede' rechter niet zal moeten trachten de voorafgaande straf geheel in mindering te brengen op de straf, die hij wilde opleggen, maar wel zal hij moeten trachten te voorkomen, dat door de combinatie van tuchtstraf en criminele straf meer leed wordt aan-

127 Zo onder meer bij Gijsen, a.w., p. 37 e.v.; Taat, a.w., p. 97/98; Sanders, a.w., p. 191; De Gaay Fortman, a.w., p. 57; Rang, t.a.p., 1975, p. 117/118.

128 P.M. Roelse, Medisch en militair tuchtrecht, *NJB* 1966, p. 63 en J. Regoort, Militair tuchtrecht in discussie, *NJB* 1979, p. 861.

129 Probleem hierbij is dan natuurlijk, dat de Officier van Justitie niet altijd op de hoogte zal zijn van een tuchtrechtelijke vervolging en dat – bijvoorbeeld in wettelijk tuchtrecht – de particuliere klagers buiten de 'officiële' vervolgingsinstanties vallen (zie Sanders, p. 192).

130 Röling, a.w., p. 66.

131 Hoofdstuk 1, subparagraaf 1.4.3.

132 Gijsen, a.w., pp. 39-41.

133 Taat, a.w., p. 97/98.

gedaan, dan de som van wat straf- en tuchtrechter afzonderlijk bedoeld hebben. Het lijkt echter nodig verder te gaan dan deze algebraïsche formule van Taat. Daarvoor kan worden aangesloten bij de woorden van Gijsen:

Allereerst zal de strafrechter hebben na te gaan in hoeverre de straf of maatregel door de bijzondere instantie opgelegd als extra leed-toevoeging evenredig is aan de schennis der beperkte rechtsorde, tot welker naleving de delinquent immers gehouden was buiten en behalve zijn verplichting zich te onthouden van schennis der algemeene rechtsorde. Is die straf of maatregel daaraan niet evenredig, maar in verhouding abnormaal zwaar, dan zal wellicht mogen worden aangenomen dat daarmede voor een deel tevens de schennis der gemeene rechtsorde is geboet.¹³⁴

Want wát bedoelen straf- en tuchtrechter ieder afzonderlijk? En moet men dan aansluiten op de ééndaadse samenloop-problematiek of op de méérdaadse? Want het ne bis-beginsel verbiedt in elk geval, dat men de verstoring in de algemene of bijzondere kring meer dan evenredig bestraft. Niet de feitelijke gedraging, doch de rechtsschennis is van betekenis, zegt Röling,¹³⁵ één en ander brengt verstoring van het evenwicht in twee kringen mee, zegt De Bie.¹³⁶ Wanneer we deze gedachten volgen, zal erop gelet dienen te worden, of elk van de gerechten al dan niet alleen de verstoring in de eigen kring heeft berecht. Dat is inderdaad niet altijd het geval. Niet iedere rechter berecht alleen de verstoring in 'eigen kring'. Wellicht wel in het tuchtrecht van een bridgeclub, doch bij een bestraffing door een bond als de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond, kan men daar, zeker waar het betaald voetbal betreft, reeds vraagtekens achter zetten. Zulk een bond is immers wel degelijk geneigd, behalve de verstoring in eigen kring, ook de verstoring in de kring van het (potentiële) publiek en meer uitgebreid de verstoring van de algemene rechtsorde erbij te betrekken. Bij het (wettelijk) medisch tuchtrecht ligt de zaak vast: volgens de Memorie van Toelichting is deze wet mede in het leven geroepen in verband met de belangen, die onze gehele maatschappij aangaan. Wanneer een dergelijke berechting 'onevenredige' gevolgen meebrengt voor de betrokkene, dan eist het beginsel matiging van één van de straffen (zoals in het strafrecht wordt bereikt door de één- en meerdaadse samenloopregeling).

Het vorenstaande geeft ons toch een beter inzicht in de mate, waarin de rechter rekening moet houden met de straf van een ándere rechter. Het blijkt al uit de voorbeelden, dat, naarmate het tuchtrecht meer lijkt op het strafrecht (naarmate het op de (vloeiende) lijn 'dichter tegen het strafrecht aanzit') de tuchtstraf meer op de strafrechtelijke straf lijkt en in die

134 Gijsen, a.w., p. 38.

135 Röling, a.w., p. 44.

136 De Bie, a.w., p. 202.

mate wordt de 'drang' van de ne bis regel sterker. Dit alles gaat nóg sterker spreken, als het doel van de groep het maatschappijbelang overlapt, zoals (in mindere mate) het tuchtrecht voor het betaald voetbal en (in meerdere mate) het tuchtrecht voor bijvoorbeeld artsen dat doet. Door deze verwantschap en overlapping zou men niet het argument van de autonomie van het stelsel mogen gebruiken, teneinde de ne bis-regel uit te schakelen. Daarbij zou men kunnen stellen, dat de eis van afstemming klemmen-der wordt bij gelijksoortige straffen. Een overlapping van de te berechten verstoringen kan derhalve niet alleen onrechtvaardig en onbarmhartig zijn, doch bovendien in strijd komen met het bovenbesproken beginsel van het algemeen sanktierecht, dat inderdaad rechtens gewaakt moet worden tegen onrechtvaardige gevolgen van dubbele bestraffingen. Als we het beroep op het ne bis-beginsel in dit opzicht erkennen en we van mening zijn, dat in het strafrecht, als uitvloeisel van dit beginsel, rekening gehouden moet worden met een straf van de tuchtrechter, dan kan men het beroep op een reeds eerder opgelegde tuchtstraf 'in dezelfde zaak' beschouwen als een beroep op een strafverminderingsgrond (zoals de HR dit besliste voor de strafrechtelijke samenloop).¹³⁷ De rechter moet daarop alsdan bij een afwijzing gemotiveerd beslissen! (358 lid 3 jo 359 lid 2 Sv)

5.5.3.2 *Volgorde bestraffing*

Toen Röling, Gijsen en Taat hun advies gaven, dat beide rechters rekening moesten houden met elkaars straf, gaven zij impliciet te kennen, dat de strafrechter moest vonnissen na de tuchtrechter. Zij probeerden namelijk de moeilijkheden op te lossen door zoveel mogelijk de groepsreactie te laten voorgaan. De *strafrechter* zou dan met het tuchtrechtelijk oordeel rekening moeten houden.¹³⁸ Gijsen noemt voor deze volgorde een uitzondering door te stellen, dat ingewikkelde zaken beter eerst door de strafrechter behandeld kunnen worden, om zo tegenstrijdige beslissingen te voorkomen.¹³⁹

Inderdaad wijst de praktijk uit, dat de strafrechtspraak nogal traag werkt. Veelal eerst na zes of meer maanden wordt men voor misdrijven ter verantwoording geroepen, zeker wanneer geen voorlopige hechtenis is toegepast en dus de zaken niet al te ernstig zijn. Daardoor lijkt de vraag, hoe de tuchtrechter rekening dient te houden met het vonnis van de strafrechter, een academische. Toch gaat dit niet altijd op: zo kan een procedure voor een medische tuchtrechter licht eveneens zes maanden duren. Bovendien is men hier in sterke mate afhankelijk van het moment van aangifte van het feit door een betrokkene bij de bevoegde autoriteiten.

137 HR 26 juni 1979 NJ 1979 – 634.

138 Röling, a.w., p. 110 e.v., Gijsen, a.w., p. 49 e.v. en Taat, a.w., p. 99.

139 Gijsen, a.w., p. 51/52.

Zo werd de litigieuze daad in het voorbeeld van de gynaecoloog in het begin van dit hoofdstuk, gepleegd op 14 juni 1972; de patiënte diende haar klacht bij het medisch tuchtcollege in op 23 juni 1972; de uitspraak van dat college vond plaats op 7 december 1972 en de strafklacht werd eerst ingediend op 28 februari 1973.

In de in het volgende hoofdstuk te bespreken zaak Wim Oostwal werd op dezelfde dag, namelijk op 10 oktober 1972 (overigens overleed de patiënt reeds op 13 juli 1971), de klacht ingediend bij zowel het Openbaar Ministerie als bij de tuchtrechter.

Terecht hebben de schrijvers de voorkeur gegeven aan een volgorde, waarbij het strafvonnis wordt uitgesproken ná het eventuele tuchtvonnis. Men zou zelfs kunnen bezien, of het in bepaalde gevallen geen aanbeveling verdient, het strafproces niet aan te vangen, vóórdat het tuchtproces is beëindigd. Het voordeel van deze regeling is, dat de Officier van Justitie, wanneer het tuchtvonnis bekend is, kan oordelen over de vraag, of hij de strafvervolgning nog dient in te stellen.

Natuurlijk kan deze voorgestelde regeling niet altijd rechtlijnig worden toegepast. In de eerste plaats zou het zo kunnen zijn, dat door allerlei oorzaken het tuchtrechtelijk vonnis te lang op zich laat wachten. Bovendien *moet* het strafvonnis wel eens vóór een eventueel tuchtvonnis gaan: art. 11 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie noemt onder a: 'een onherroepelijke veroordeling wegens misdrijf, dan wel een veroordeling tot een maatregel, die vrijheidsbeneming tot gevolg heeft', als ontslagreden voor leden van de rechterlijke macht. De 'gewone' ambtenaar is ex art. 50 van het Algemeen Rijksambtenaren Reglement gehouden zich te gedragen, zoals een goed ambtenaar betaamt. Wanneer hij derhalve een strafbaar feit pleegt, maakt hij zich schuldig aan een plichtsverzuim, dat volgens art. 80 van het Reglement disciplinair kan worden bestraft. Het zou voorkeur verdienen een dusdanige dubbele vervolging niet na te streven. Maar de in de Bondsrepubliek gehanteerde methode komt minder wenselijk voor. Daar:

schlieszt bei Beamten ein auf Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen eines Verbrechens oder ein auf Amtsunfähigkeit lautendes Urteil die Einleitung oder den Fortgang eines Disziplinarverfahrens aus, da der Verurteilte aufhört, Beamter zu sein (§§ 45 ff StGB). Nach § 48 BBG und § 24 des Beamtenrechtsrahmengesetzes tritt Verlust des Amtes auch ein, wenn ein Beamter wegen eines vorsätzlich begangenen Vergehens zu Freiheitsstrafe von einem Jahr oder längerer Dauer oder wegen vorsätzlicher Begehung bestimmter gegen den Staat gerichteter Delikte (Friedensverrat, Hochverrat usw.) zu Freiheitsstrafe von sechs Monaten oder längerer Dauer verurteilt wird.¹⁴⁰

140 Schäfer, a.w., p. 116.

Een dergelijke automatische koppeling van het ontslag aan de hoogte van de opgelegde straf is minder juist: het zou de rechters te zeer kunnen beïnvloeden in de uiteindelijk op te leggen sanktie.

Om alle nadelen uit de weg te gaan, zouden de delikten, begaan door de leden van de rechterlijke macht, zodra ze van een dusdanige importantie zijn, dat een langer aanblijven als lid van de rechterlijke macht ongewenst kan worden, in eerste instantie berecht moeten worden door de Hoge Raad, welk college dan ook tevens zonder een dwingende wettelijke bepaling een beslissing kan geven over een eventuele ontzetting uit het ambt van rechter.

De hierboven aangeduide positie van de ambtenaren is een probleem van het arbeidsrecht in het algemeen, dat voor talrijke, zo niet praktisch alle werknemers geldt. De vraag dient te worden opgeworpen, of het in deze tijd nog verantwoord is mensen voor misdrijven, buiten hun kring gepleegd (*fautes privées*), in hun werk 'extra' te straffen en of de manier, waarop dat kan, in elk geval soms pleegt te geschieden, wel in overeenstemming is met het recht. Die vraag valt echter buiten het bestek van deze studie.

5.5.4 Conclusie

Het ne bis in idem-beginsel heeft ook betrekking op een straf- naast een tuchtrechtelijke reactie op een bepaald gedrag en omgekeerd. De werking van het beginsel hoeft niet 'zover' te gaan, dat elke dubbele reactie bij voorbaat verboden is. Maar gelet op de rechtszekerheid en de zorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer betaamt, dient die zoveel mogelijk te worden voorkomen. Wanneer een afgewogen beslissing is genomen, dat na een vonnis van een tuchtrechter tòch een strafrechtelijke vervolging noodzakelijk is, dienen de gevolgen voor de betrokkene zoveel mogelijk beperkt te worden. Naarmate het tuchtrecht meer verwantschap met het strafrecht vertoont en de doeleinden van de groep meer overeenkomen met het maatschappijbelang, dienen de twee sanktiestelsels *meer* rekening te houden met elkaars straffen.

De tuchtrechter gaat zo mogelijk vóór de strafrechter; de strafrechter is immers het best uitgerust om rekening te houden met de straf van de tuchtrechter, niet alleen door grote ervaring, doch ook door de goede mogelijkheden van het horen van getuigen en deskundigen. In het volgende hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de communicatie in de praktijk tussen de straf- en tuchtrechtelijke instanties.

6 Processueel gevolg van de 'externe' werking van het ne bis in idem-beginsel

6.1 Contacten tussen tucht- en strafrechter

Krachtens artikel 162 Sv¹ lijkt een lid van een tuchtcollege, wanneer het kennis bekomt van een strafbaar feit, verplicht dit aan de justitie te melden. Dit artikel luidt immers:

Openbare colleges of ambtenaren, die in de uitoefening hunner bediening kennis bekomen van een strafbaar feit met welks opsporing zij niet zijn belast, zijn verplicht daarvan onverwijld aangifte te doen, met afgifte van de tot de zaak betreffende stukken aan den officier van justitie of aan een zijner hulpofficieren.

De wetsgeschiedenis² wijst uit, dat dit artikel speciaal is opgenomen om 'te voorkomen, dat hoofden van ambtelijke administraties door hun ondergeschikten gepleegde strafbare feiten disciplinair afdoen, zonder de justitie gelegenheid tot ingrijpen te geven. Met den wensch der administratie, dat met de disciplinaire straf zal worden volstaan, kan het O.M. rekening houden, doch het heeft hierin alléén te beslissen en mag niet worden uitgeschakeld!'

Wat dient in art. 162 te worden verstaan onder 'kennis bekomen van een strafbaar feit'? Natuurlijk behoeft er geen volstreekte zekerheid over dat feit te bestaan: dat zal eerst het geval kunnen zijn na een rechterlijke

1 Art. 162 Sv staat overigens op de helling. In antwoord op vragen van Eerste-Kamerlid Polak (Zitting 1973-1974, Aanhangsel, p. 15) kondigde de toenmalige Minister van Justitie aan, dat hij aan de Commissie-Partiële Herziening Wetboek van Strafvordering om een advies tot wijziging van het artikel zou vragen, omdat het voor de praktijk te strikt is geformuleerd. Die commissie stelde voor het begrip 'strafbaar feit' in het artikel te vervangen door een 'misdrijf ... gepleegd door een ambtenaar in de uitoefening van zijn bediening' en daarbij stelde zij voor de openbare colleges en ambtenaren, zoals genoemd in het artikel, op te dragen desgevraagd alle inlichtingen te geven aan de Officier van Justitie omtrent strafbare feiten. Het is echter allermist zeker, dat dit voorstel uiteindelijk tot een wetswijziging zal leiden. In de rijksbegroting voor het jaar 1981 wordt erop gewezen, dat het interdepartementaal overleg meer tijd kost dan aanvankelijk was voorzien (Tweede Kamer, zitting 1980-1981, 16400 hoofdstuk VI, nr. 2 p. 14). Voorlopig lijkt het derhalve verantwoord in het hiernavolgende van de huidige tekst van het artikel te blijven uitgaan.

2 A.J. Blok en L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, Haarlem, 1925, I, p. 470.

uitspraak. Blok/Besier stelt,³ dat de aangifte onverwijld dient te geschieden. Melai⁴ haalt hiervoor de Memorie van Toelichting op art. 162 Sv aan:

de praktijk leert, dat soms het streven om eerst zelf de taak te instrueeren en dan pas tot aangifte over te gaan, de opsporing en de gang eener goede justitie niet weinig belemmert.

Anderzijds stelt Blok/Besier,⁵ dat de aangifteplicht niet ontstaat, voordat aan het college voldoende is gebleken, dat inderdaad een *strafbaar* feit is gepleegd. Deze nadere toevoeging van Blok/Besier lijkt in strijd met het geciteerde gedeelte uit de Memorie van Toelichting en zou een handvat kunnen bieden voor weigerachtige colleges om zich te verontschuldigen, wanneer niet volgens art. 162 is gehandeld. Indien het onderhavige artikel 162 dusdanig geïnterpreteerd wordt, dat men het voor een aangifte voldoende acht, dat er een verdachte is in de zin van art. 27 van het Wetboek van Strafvordering, dan lijkt mij dit een verantwoorde interpretatie. Men sluit daarmee aan op een aanvaarde strafrechtelijke invalshoek en voorkomt, dat het een loos artikel wordt.

Tot wie nu richt zich art. 162 Sv? In de eerste plaats tot 'openbare colleges'. Het zal duidelijk zijn, dat hieronder niet die tuchtrechtelijke instanties vallen, die opereren op het gebied van het contractuele tuchtrecht. Maar de tuchtcolleges, die ingesteld zijn bij de wet (bijvoorbeeld medische tuchtcolleges, kamers van toezicht), vallen in elk geval wél onder dit begrip.⁶

Zijn de individuele leden van die tuchtcolleges nu 'ambtenaren'⁷ en daardoor ook uit *eigen hoofde* verplicht tot aangifte? Art. 84 Sr, waarin wordt omschreven wie onder 'ambtenaren' dienen te worden begrepen, geeft geen houvast voor een dergelijke interpretatie. Dit ontbreken van een verplichting geldt eveneens voor die leden van de colleges, die in het dagelijks leven wél ambtenaar zijn, tenzij zij juist in hun hoedanigheid van ambtenaar (dus 'ambtshalve') zitting hebben in het tuchtcollege. Hierbij kan gedacht worden aan de voorzitter van het college van toezicht voor notarissen, die president (of diens plaatsvervanger) is van de arrondissementsrechtbank.

3 Blok/Besier, a.w., p. 471.

4 A.L. Melai, *Het Wetboek van Strafvordering*, Arnhem, art. 162 Sv, aant. 4.

5 Blok/Besier, a.w., p. 471.

6 Melai, *Strafvordering*, art. 162, aant. 2; wellicht overbodig bepalen de artikelen 47 van de Schepenwet en 36 van de Luchtvaartrampenwet, dat wanneer bij het onderzoek blijkt, dat een strafbaar feit is gepleegd, de bevoegde ambtenaar van het O.M. op de hoogte moet worden gesteld. Zie O.A.C. Verpaalen, Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en het tuchtprocesrecht wenselijk?, *Preadvies, Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, deel 1, derde stuk, p. 78.

7 Volgens Sanders niet (D. Sanders, *De praktijk van het medisch tuchtrecht*, Deventer 1967) p. 180/181.

In het medische tuchtrecht kennen we als klager de Inspecteur voor het Staatstoezicht op de Volksgezondheid. Krachtens de Medische Tucht-wet heeft hij in de tuchtprocedures tegen artsen speciale bevoegdheden en taken. Hij is duidelijk wel een ambtenaar en als zodanig verplicht zich bij strafbare feiten te verstaan met de Officier van Justitie. Er is zelfs nog een direktere lijn Officier van Justitie — Inspecteur voor het Staatstoezicht op de Volksgezondheid: ex artikel 40 van de Gezondheidswet is de inspecteur immers belast met de opsporing van overtredingen van wettelijke voorschriften op het gebied van de volksgezondheid. Visser bespreekt de vraag of deze bepaling ook mogelijke commune bepalingen omvat, zoals kunstfouten, die kunnen resulteren in de delikten zwaar lichamelijk letsel of dood door schuld.⁸ In elk geval is de inspectie formeel in alle strafrechtelijk interessante gevallen verplicht middels een proces-verbaal de Officier van Justitie in te lichten. Doch zelfs als we deze voor iedere opsporingsambtenaar geldende verplichting niet voor de inspecteur zouden laten gelden, blijft de verplichting krachtens art. 162 Sv wél bestaan.

Hoe het ook zij, op overtreding van artikel 162 Sv staat geen straf-sanktie, zodat tegen instanties of personen, die verzuimen aan deze verplichting te voldoen, toch niet strafrechtelijk kan worden opgetreden. Overigens mag dit uiteraard geen reden voor de colleges zijn, om deze bepaling niet na te leven.⁹

Bovendien dient hier nog de aandacht te worden gevestigd op artikel 160 Sv, waarin aan ieder de plicht wordt opgelegd, om, indien men kennis draagt van een zwaar (veelal levens)delikt, daarvan aangifte te doen bij de bevoegde autoriteiten. Hier is echter, afgezien van het feit, dat deze extreme delikten niet vaak zullen voorkomen, ook slechts in zeer beperkte mate een strafsanktie beschikbaar.¹⁰ Verder kan dan nog, indien men de colleges en niet de leden daarvan zou willen vervolgen, de vraag rijzen of hier sprake kan zijn van een rechtspersoon (art. 51 Sr).¹¹

De conclusie kan zijn, dat de wettelijke tuchtcolleges en ambtelijke

8 J.J.F. Visser, Enige juridische aspecten van de taak en bevoegdheden van de Geneeskundige Inspectie van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid, *Gezondheidsrecht* 78/6 p. 243.

9 H.A.J. Gijsen, (Is het wenschelijk, dat verband wordt gelegd tusschen de verschillende maatregelen naar aanleiding van een zelfde feit, te nemen door den strafrechter en andere bij of krachtens de wet ingestelde organen? Zoo ja, op welke wijze ware dit verband te regelen? II *Praeadvies Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1936*, eerste stuk, p. 47) wilde de openbare colleges en ambtenaren doordringen van hun *plicht* ex art. 162 Sv tot het doen van aangiften van strafbare feiten en niet-openbare colleges, als bijvoorbeeld schoolbesturen, doordringen van de *wenselijkheid* tot het doen van zodanige aangiften.

10 Melai, *Strafvordering*, aant. 1 op art. 160 Sv.

11 Mijns inziens is dit niet het geval. Zie Asser-Van der Grinten II (*de rechtspersoon*) Zwolle, 1976, pp. 112-123.

Wanneer er wel sprake van een rechtspersoon zou zijn, zou een vervolging krachtens art. 51 lid 2 aanhef en sub 2 Sr kunnen worden ingesteld tegen hen, die de feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, in ons geval hen, die als lid van het college een dergelijke aangifte hadden behoren te entameren, maar die dit nalieten (T.J. Noyon — G.E. Langemeijer, *Het Wetboek van Strafrecht*, bewerkt door J. Remmelink, Arnhem, I, aant. 6 op art. 51 Sr, p. 389/390).

'vervolgers', zoals de medische inspecteur, wél verplicht zijn om met de justitie ingeval van strafbare feiten contact op te nemen, maar dat deze verplichting niet strafrechtelijk is af te dwingen.

Maar ook op andere wijze wordt het Openbaar Ministerie bemoeilijkt in het voeren van een gecoördineerd beleid in dezen. Men denke dan aan de geheimhoudingsplicht van de leden van de tuchtcolleges.¹²

Onder de schrijvers over het medische tuchtrecht heerste de overtuiging, op grond van een wellicht minder juiste interpretatie van de desbetreffende wetsartikelen, dat door het college aan de dader van het eventuele strafbare feit vooraf toestemming gevraagd zou moeten worden voor het doen van aangifte van het strafbare feit.¹³ Door een herformulering van de betreffende wetsbepaling¹⁴ komt nu nog duidelijker uit, dat de geheimhoudingsplicht van de leden van de tuchtcolleges niet geldt tegenover ambtenaren van politie of justitie, voor zover mededeling aan hen op grond van een wettelijk voorschrift verplicht is.¹⁵

De consequentie van de opvatting, dat degenen, die voor het overige tot geheimhouding verplicht zijn, wél aan de justitie mededeling moeten doen van strafbare feiten, is, dat deze groep ook niet bang behoeft te zijn alsdan een veroordeling op te lopen wegens overtreding van art. 272 Sr.¹⁶ Niet omdat hij zich dan kan beroepen op artikel 42 Sr en derhalve zijn daad niet strafbaar zal zijn, maar omdat de betrokken funktionaris van het tuchtcollege niet voldoet aan de bestanddelen van art. 272 Sr: hij was niet verplicht een geheim te bewaren, integendeel, hij was verplicht opening van zaken te geven aan de justitie.¹⁷

Ook art. 218 Sv¹⁸ (het verschoningsrecht) mag het lid van het college

12 Voor de medici: zie art. 14 Med. Tuchtwet jo. artt. 12 en 13 Reglement medisch tuchtrecht en oplossing van geschillen. Voor de notarissen: zie art. 73d Wet op het Notarisambt.

13 B. de Gaay Fortman, (*Medisch Tuchtrecht*, Zwolle 1947), p. 12/13 en P. Dorhout, De geheimhouding bij het medisch tuchtrecht, haar gevolgen en haar bezwaren. In: *25 jaar medisch tuchtrecht*, Den Haag, 1955, p. 31. Mijns inziens is deze opvatting niet juist, omdat:

a. een A.M.v.B. niet een bepaling uit een wet in formele zin opzij kan zetten en
b. art. 12 lid 2 Reglement medisch tuchtrecht niets bedoelt af te dingen van art. 162 Sv (cf. Sanders, a.w., p. 180).

14 Art. 14 Medische Tuchtwet is gewijzigd bij wet van 15 juni 1972, Stb. 394. Het artikel luidt nu – voor zoveel hier van belang – als volgt: '(...) De verplichting tot geheimhouding geldt niet tegenover ambtenaren van politie of justitie voor zover mededeling aan hen op grond van een wettelijk voorschrift vereist is'.

15 Ook art. 73d van de Wet op het Notarisambt heeft een dergelijke restrictie: 'Het is (...) verboden (...) verder bekend te maken dan voor die uitvoering noodig is'.

16 Art. 272 lid 1 Sr: 'Hij die enig geheim, waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift, dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk schendt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van ten hoogste zes duizend gulden'.

17 Een vrijspraak zal derhalve de uitspraak van de rechter moeten zijn, niet een ontslag van rechtsvervolgung. Vgl. J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken*, Groningen, 1975, p. 286, die de bal minder terecht speelt over de band van een rechtvaardigingsgrond.

18 Art. 218 Sv: 'Van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich ook verschoonen zij, die uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt tot

niet in de weg staan de justitie voor te lichten, zelfs niet wanneer de leden van het college wel een ambt bekleden, dat doorgaans een beroep op 218 Sv zou kunnen rechtvaardigen, zoals geneeskundigen. Immers de rechtsgrond van 218 Sv is, dat een vertrouwensrelatie tussen de, in dit geval, geneeskundige en patiënt niet wordt geschaad door het meedelen van vertrouwelijke gegevens.¹⁹ Welnu, wanneer een medisch tuchtcollege kennis neemt van een mogelijk strafbaar gedrag van een arts, heeft de patiënt hiervan zelf, hetzij direkt, hetzij indirekt melding gemaakt, niet met de bedoeling dat niets bekend wordt over zijn relatie met de arts, maar dat *alles* bekend wordt.²⁰ Bovendien is er tussen de patiënt en de geneeskundige, die lid is van het Medisch Tuchtcollege, *geen* arts-patiënt vertrouwensrelatie.²¹

Maar toch past er ook een waarschuwing. Weliswaar wil de patiënt wel, dat alles 'bekend' wordt, maar dit behoeft niet in te houden, dat hij ook van mening is, dat zijn gehele gezondheidstoestand op een openbare terechtzitting wordt bediscussieerd. Bovendien is het in dit medische tuchtrecht mogelijk, dat de inspecteur de zaak aangebracht heeft. Het kan dan bijvoorbeeld over onderwerpen gaan, waaraan de patiënt geen of slechts beperkte ruchtbaarheid wil geven. Men denke hierbij aan de belangen, die de patiënt kan hebben ingeval van keuringen voor huidige of toekomstige functies. In een kleinere, niet openbare kring zullen bepaalde aspecten van de zaak beter tot hun recht kunnen komen en zullen getuigen zich minder snel geroepen voelen een beroep te doen op hun verschoningsrecht.

Volgens de regel van 162 Sv zou derhalve in wezen de situatie, dat de ene rechter van het doen en laten van de andere in het geheel niet op de hoogte is, veelal (namelijk bij wettelijk tuchtrecht en tuchtigingsrecht door ambtenaren in functie) niet mogen bestaan. Wanneer de Officier van Justitie dan door het tuchtcollege (of door een inspectie) van de zaak is verwittigd, is het mogelijk, dat de zaak reeds strafrechtelijk is afgedaan. Dan kan de officier dit aan het tuchtcollege meedelen (zodat dat rekening kan houden met deze strafrechtelijke benadering). Ook is het mogelijk, dat de zaak nog niet strafrechtelijk is aangepakt, waarna de Officier van Justitie nadere gegevens van het tuchtcollege kan inwinnen en op basis van

geheimhouding verplicht zijn, doch alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zoodanig is toevertrouwd'.

- 19 Zie over de rechtsgrond en de afweging van publieke en private belangen daarbij: Verburg, a.w., pp. 1-15; over het beroepsgeheim verder P.A.M.M. Dingemans, *Hoofdzaken en gezondheidsrecht*, Arnhem, 1977, pp. 70-77 en — natuurlijk — Dr. Hazewinkel-Suringa, *De doolhof van het beroepsgeheim*, Haarlem, 1959.
- 20 Mijns inziens is deze 'stiltzweigende' toestemming slechts een (overigens zwaarwegend) argument om aan te tonen, dat er in casu geen sprake is van een 'geheim'. De toestemming alléén lijkt mij hiervoor in het algemeen onvoldoende. Vgl. Hazewinkel-Suringa (1959) pp. 145-153.
- 21 Wellicht kunnen met het O.M. afspraken worden gemaakt. Want zelfs al zou men van mening zijn, dat telkens elke arts jegens elke patiënt een vertrouwensfunctie heeft, dan nog brengt dit m.i. geen wijziging in de situatie. Een zekere vertrouwensfunctie is immers ook aan de reguliere politie niet vreemd, men denke aan de wijkagenten. (Vgl. J.J.F. Visser t.a.p. p. 244).

die gegevens, aangevuld met een eigen strafrechtelijk onderzoek, kan beslissen of al dan niet tot een strafrechtelijke vervolging dient te worden overgegaan. Hieruit valt af te leiden, dat de Officier van Justitie in elk geval in het wettelijk tuchtrecht en tuchtigingsrecht een centrale functie zou kunnen vervullen in dezen: hij kan ervoor zorgdragen, dat de beide sanktiesystemen niet geheel onafhankelijk van elkaar functioneren. Hij zou dan voor de communicatie tussen de rechterlijke instanties kunnen zorgdragen. In dit kader past ook goed het voorstel, om het Openbaar Ministerie de bevoegdheid te geven eventueel een klacht in te dienen bij zo'n 'openbaar college'.²² Door deze coördinatie ontstaat er één instantie, het Openbaar Ministerie, die met voldoende beleidsinstrumenten is toegerust om te zorgen dat gelijke gevallen ongeveer gelijk zullen worden behandeld.

6.2 Een enkel voorbeeld uit de praktijk

Het wordt tijd de abstracte beschrijvingen en opmerkingen af te wisselen met enkele concrete voorbeelden. Hoe kan de communicatie in de praktijk verlopen? Hierna worden in het kort twee gevallen beschreven uit het medische tuchtrecht.

In het begin van hoofdstuk 5 is gesproken over een gynaecoloog, die een patiënte, toen zij in verband met een keizersnede onder narcose was, zonder tevoren haar toestemming daartoe gevraagd te hebben, steriliseerde.²³

De patiënte diende een tiental dagen na het gebeuren daarover een klacht in bij het Medisch Tuchtcollege; de betrokken vrouwenarts verweerde zich schriftelijk. Na ongeveer een half jaar werd door het Medisch Tuchtcollege uitspraak gedaan, strekkende tot het opleggen van de maatregel van waarschuwing. Deze uitspraak is gepubliceerd.²⁴

Intussen had de patiënte ook een civiele procedure aangespannen tegen de vrouwenarts; in de inleiding werd er al melding van gemaakt, dat een bedrag van honderdduizend gulden gevorderd is. Twee maanden na de tuchtrechtelijke uitspraak en ruim negen maanden na de bestreden handeling, kwam op het parket aangifte van een strafbaar feit. Er werd om vervolging van de vrouwenarts gevraagd:

22 Verpaalen, a.w., p. 78.

23 Voor gegevens van deze zaak maakte ik, behalve van het strafdossier, gebruik van krantenberichten en van J. Gerbrandy, Anatomie van een medische tuchtaak, *Medisch Contact* 29 (1974), pp. 1417-1420.

24 Uitspraak College voor het Medische Tuchtrecht in Eerste Aanleg te 's-Gravenhage, 7 december 1972, *Medisch Contact* 28 (1973), p. 261.

terzake, dat hij voornoemde patiënte na verrichte keizersnede zonder toestemming te hebben ontvangen buiten noodzaak heeft gesteriliseerd, vormende een zodanige ernstige ingreep, die haar van haar vruchtbaarheid en elke verdere kans op door haar en haar echtgenoot verlangd moederschap beroofde, een in geen enkel opzicht te verdedigen *mishandeling*, ja zware mishandeling, dat zwaar lichamelijk letsel in de zin van artikel 82 Sr ten gevolge had, omdat onvruchtbaarheid beschouwd moet worden als een ziekte, die geen uitzicht op volkomen genezing overlaat en het operatief veroorzaken daarvan als ernstiger dan afdrijving of dood der vrucht ener vrouw veroorzaken ...

De raadsman van de vrouw nodigde de Officier van Justitie uit, alle gegevens op te vragen bij het Medisch Tuchtcollege. Het feit, dat de gynaecoloog in civilibus elke aansprakelijkheid voor zijn 'ernstige fout' had afgewezen, bleek een beweegreden te zijn geweest van de raadsman om aangifte te doen bij de Officier van Justitie. De Officier van Justitie wendde zich, teneinde te kunnen nagaan of een strafvervolging in dezen mogelijk en opportuun was, tot het Medisch Tuchtcollege. Na de betreffende informatie van het tuchtcollege te hebben ontvangen, legde de officier deze voor aan een politiearts, die voor hem op enige medisch-technische punten uitleg gaf en hem adviseerde. Op grond van dit dossier kon de officier uiteindelijk het volgende aan de raadsman van de patiënt schrijven:

Inmiddels heb ik een aantal stukken betreffende deze zaak van het Medisch Tuchtcollege in eerste aanleg ter inzage gekregen, en op grond hiervan een rapport laten uitbrengen door de politiearts. Gezien deze stukken ben ik tot de mening gekomen, dat geen termen aanwezig zijn voor het instellen van een strafvervolging, temeer nu het Medisch Tuchtcollege deze zaak reeds heeft behandeld en een maatregel heeft opgelegd. Het door U gestelde feit, dat genoemde gynaecoloog in civilibus elke aansprakelijkheid afwijst, kan ik niet beschouwen als een bijzondere reden welke strafvervolging dringend wenselijk maakt.

Een klacht van betrokken patiënte ex artikel 12 Sv bij het Gerechtshof, over dit niet-vervolgen door de Officier van Justitie, had niet het door haar beoogde effect.

Het tweede geval: Wim Oostwal, een twintigjarige jongen, overleed anderhalve dag nadat hij was onderzocht door artsen van een ziekenhuis. Vermoedelijk hadden — zo bleek achteraf — deze artsen niet de juiste diagnose gesteld. De jongeman leefde in een kraakpand onder minder goede hygiënische omstandigheden. Via een formulier ter verkrijging van een 'verlof tot begraven' kreeg de Officier van Justitie kennis van de dood van betrokkene, waarop hij, alvorens dit verlof te geven, sectie deed verrichten op het lijk.

Nadat de Officier een kort politierapport had ontvangen over de om-

standigheden, waaronder de dood intrad, leek het hem nuttig enige medici te horen omtrent de gang van zaken in het ziekenhuis. Hij gaf hiertoe aan het plaatselijke politiekorps opdracht tot een nader onderzoek en verzocht tevens de Geneeskundig Inspecteur voor de Volksgezondheid mee te werken aan een coördinatie van het onderzoek. In dit geval was er echter geen sprake van een samenwerking. Blijkens een toelichting van de betrokken Officier van Justitie zou de inspecteur gemeend hebben dat hij, wanneer hij betrokken zou worden bij het verhoor, in de eventuele tuchtprocedure niet geheel vrij meer zou staan.

Na ongeveer een maand zond de vader van de overledene een klacht in, met het verzoek een strafvervolgning in te stellen 'tegen de heren doktoren door wier nalatigheid ondergetekendes zoon is overleden'. Op dezelfde dag diende de klager ook een klacht in bij het Medisch Tuchtcollege. De officier antwoordde de vader al snel, dat het door de politie en het Gerechtelijk Laboratorium van het Ministerie van Justitie ingestelde onderzoek onvoldoende aanwijzingen had opgeleverd van enig gepleegd strafbaar feit. Het Gerechtshof wees het beklag wegens niet-vervolgging af, met de (nog sterkere) overweging, dat er geen aanwijzingen waren, dat ten aanzien van klagers overleden zoon een strafbaar feit was gepleegd.

Het contact tussen het O.M. en de inspecteur in de onderzoeksfase was in dit geval gebrekkig. Maar in de loop van de procedure kwam een beter contact tot stand tussen de secretaris van het Medisch Tuchtcollege en de betrokken Officier van Justitie. Dit overleg leidde ertoe, dat de officier alle stukken ter beschikking stelde van het Medisch Tuchtcollege. Ten aanzien van enige bijlagen werd het voorbehoud gemaakt, dat daaruit ter zitting niet geciteerd zou worden. Dit is begrijpelijk, daar deze onder meer betrekking hadden op de ambtelijke rapportering van de Officier van Justitie aan de Procureur-Generaal in verband met het beklag van de vader over het besluit van het Openbaar Ministerie om niet te vervolgen. Voor het overige werd de informatie onbelemmerd doorgegeven, inclusief het sectierapport en het analytisch-toxicologisch rapport.

Volledigheidshalve zij hier nog de afloop vermeld van deze zaak: de klacht werd door het Centraal Medisch Tuchtcollege in het geheel ongegrond verklaard.²⁵

6.3 Gebruik maken van elkaars procesgegevens

Bovenstaande voorbeelden geven slechts een inzicht in het probleem van ongeregelde samenwerking tussen instanties. In beginsel blijkt openheid

25 Blijkens een bericht uit de NRC van 29 augustus 1974 oordeelde het medisch tuchtcollege in eerste aanleg, dat de betrokken huisarts en internist van het ziekenhuis niets te verwijten viel. De twee artsen, die de jongen in het ziekenhuis hadden onderzocht, kregen in eerste instantie een waarschuwing. (Zie ook *Medisch Contact* 29 (1974), pp. 1273-1281).

van stukken jegens elkaar mogelijk. Beide instanties kunnen dan profiteren van elkaars stukken. We zagen een geval van uitstekende samenwerking (in de zaak-Oostwal) tussen de Officier van Justitie en het Tuchtcollege. De meer 'natuurlijke' gesprekspartner van het Openbaar Ministerie, de Inspecteur van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid, zette zich zelf in dit geval buiten spel. Hij distantieerde zich van het politie/justitieoptreden. Wellicht heeft dit te maken met een teamgeest, die onder medici heerst. Artsen (in een ziekenhuis) moeten intensief kunnen samenwerken en op elkaar aan kunnen, het werk is vaak erg druk en bovendien zeer verantwoordelijk, vaak is er een soort ramp-situatie met dienovereenkomstig EHBO-werk, vooral in de poliklinieken. Dan kan een lastige Officier van Justitie met zijn politieonderzoek de werksfeer grondig bederven. Men zou zich kunnen voorstellen, dat een inspecteur 'gezag' wil behouden, door met zijn 'autoriteit' alleen in te springen, als het de spuigaten uitloopt: dan wordt hij ook als autoriteit geaccepteerd.

Maar hiertegenover staat, dat de inspecteur, door bijvoorbeeld zijn aanwezigheid bij de verhoren (waartoe de Officier van Justitie hem had uitgenodigd), zich uiterst objectief op de hoogte had kunnen stellen van de gang van zaken, welke wetenschap hij later in een eventuele tuchtprocedure had kunnen gebruiken; ja zelfs had ook hij van de getuigenverhoren ten behoeve van die eventuele tuchtprocedure een proces-verbaal kunnen opmaken; voorts had hij door zijn deskundige inbreng kunnen toezien op de kwaliteit van de vragen.

Wanneer een zaak zowel door de straf- als tuchtrechter wordt behandeld, zullen er verschillende doublures ontstaan: in de eerste plaats is de verdachte/beklaagde in beide processen dezelfde. Ook kan het zo zijn, dat in beide processen dezelfde getuigen of deskundigen over dezelfde onderwerpen en kwesties gehoord dienen te worden. Het komt bovendien in de praktijk nogal eens voor, dat de rechters niet op de hoogte (kunnen) zijn van elkaars optreden in een zaak. Evengoed doet zich echter de situatie voor, dat zulks wél het geval is. Wanneer een Officier van Justitie een dossier op zijn bureau krijgt, handelend over een voetballer, die in of nabij een wedstrijd een ander (tegenstander, grens- of scheidsrechter, toeschouwer) heeft mishandeld, dan zal hij er niet ver naast zijn, wanneer hij veronderstelt, dat ook de voetbalbond de zaak in behandeling heeft. Wellicht staan er in dat dossier van de voetbalbond wel interessante gegevens, bijvoorbeeld over de voorgeschiedenis, die de officier nodig heeft bij het beoordelen van de vraag of de onderhavige kwestie vervolgd dient te worden. De voetbalbond kan, op zijn beurt, weer belangstelling hebben voor getuigen- of geneeskundige verklaringen, die voor de politie of justitie zijn afgelegd.

Het is bepaald geen algemeen aanvaarde gedachtengang, dat de instan-

ties zonder meer gegevens aan elkaar ter beschikking stellen. De justitie is, gelet op de inhoud van art. 272 Sr, terecht terughoudend. Van de zijde van het Openbaar Ministerie worden informeel wel afschriften verstrekt aan een Medisch Tuchtcollege. En, zoals we in de voorbeelden zagen, is het omgekeerde eveneens het geval: ook een Medisch Tuchtcollege stelt wel stukken ter beschikking van het Openbaar Ministerie.

Wat opvalt is het informele van deze akties. Het lijkt een gunst, die, naar gelang er zich bijzondere omstandigheden voordoen, al dan niet wordt verleend. Vanzelfsprekend komt het verlenen van deze gunsten meer voor, wanneer er wettelijke tuchtrechters in het spel zijn. Hoe officiëler de instantie, des te meer medewerking de collega-overheidsdienaren elkaar kunnen en zullen verlenen.

Maar ook andere vormen van tuchtrecht (men denke bijvoorbeeld aan een voetbalbond) kunnen in sommige gevallen behoefte hebben aan assistentie vanuit het strafrecht. Een dergelijk tuchtrecht heeft slechts een zeer beperkte mogelijkheid om dwang toe te passen, waardoor moeilijker een juiste beoordeling van feiten bereikt kan worden. Het lijkt voor zich te spreken, dat die assistentie niet kan bestaan uit het verrichten van actieve opsporingsdaden ten behoeve van dat tuchtrecht. Maar wanneer het gaat om strafbare feiten, waarin het O.M. is geïnteresseerd, kunnen die opsporingsdaden wél worden verricht. In principe dient dat strafrechtelijk onderzoek dan slechts de strafprocedure, waarbij de mogelijkheid niet hoeft te worden uitgesloten, dat de resultaten in een tuchtprocedure worden gebruikt. Wanneer het O.M. tot een dergelijke hulp zal besluiten, dient wel gedacht te worden aan het privacy-probleem. De strafrechtelijke instanties zullen het dossier moeten screenen in het belang van de verdachte of derden. De tuchtrechter heeft bijvoorbeeld met het Algemeen Documentatieregister in beginsel niets te maken.

Wanneer het tuchtrecht aan het strafrecht informatie geeft, dan rijst nog een ander probleem: de verdachte moet er in een strafrechtelijke procedure uitdrukkelijk op gewezen worden, dat hij niet tot antwoorden is verplicht (art. 29 Sv). Zou de strafrechter dan zonder toestemming van de verdachte gebruik mogen maken van zijn verklaringen, in de tuchtprocedure afgelegd? In wiens belang wordt de mogelijke terughoudendheid in de informatieverstopping betracht? Bij maximale informatie kunnen de andere rechterlijke instanties op de meest verantwoorde wijze optreden. We moeten ons realiseren, dat het niet altijd ten nadele van de verdachte uitvalt. Door een juiste communicatie, door een optimale kennis bij de bevoegde autoriteiten, kan mogelijk een dubbele vervolging worden voorkomen. Op zijn minst kunnen de strafrechtelijke besluitvormers rekening houden met de afloop van een tuchtprocedure, wat zonder informatie uiteraard onmogelijk is.

Is het terughoudend reageren op elkaars verzoeken tot inzage dan in

het belang van getuigen en deskundigen? Integendeel. De getuigen en deskundigen lopen de kans om bij gebrekkige samenwerking tussen de instanties alles nodeloos dubbel te moeten doen.

En als laatste argument vóór inzage in elkaars stukken (en vooral voor inzage van de tuchtrechter in de strafrechtelijke stukken) kan worden gebruikt de regeling van artikel 333 van het Wetboek van Strafvordering, waarin staat, dat de 'beledigde partij' van de processtukken afschriften kan doen nemen. De huidige jurisprudentie hanteert een beperkt begrip 'beledigde partij': zo concludeert het Hof 's-Hertogenbosch 19 mei 1919, W 10432, dat de vader van een mishandelde geen beledigde partij is, ook al heeft hij schade geleden en stelt HR 5 oktober 1965, NJ 1966 – 292 uitdrukkelijk, dat een ander dan degene, die door het strafbare feit, waarop het betrekking heeft, rechtstreeks schade heeft geleden, niet als beledigde partij kan worden aangemerkt.

Hoewel de tuchtrechter strafprocessueel gezien geen officiële 'belanghebbende' is, zou men toch aansluiting kunnen zoeken bij dit artikel, om aan te tonen, dat afschriften verstrekken aan 'derden' niet ongebruikelijk is. Zelfs voorgeschreven ten behoeve van civielrechtelijke belangen. Waarom dan niet voor te schrijven ten behoeve van tuchtrechtelijke belangen?

Zolang echter van een expliciete regeling nog geen sprake is, lijken goede argumenten voorhanden om toch de stukken ten behoeve van de tuchtrechtspraak af te staan, waarbij men zich zou kunnen voorstellen, dat het Openbaar Ministerie wél bij zijn beslissingen laat meetellen, welke tuchtrechter om inzage vraagt. Er dient een zekere garantie te bestaan, dat de processen-verbaal niet in onbevoegde handen komen. Wellicht verdient het aanbeveling, dat het Openbaar Ministerie met daarvoor in aanmerking komende verschillende tuchtrechtelijke instanties hieromtrent op centraal niveau overeenkomsten sluit.²⁶

Wat heeft nu een strafrechter in concreto aan stukken van een tuchtprocedure? Aan het gebruik van deze stukken kan in de regel niet de werking van artikel 344 lid 2 Sv²⁷ worden toegekend. De bewijskracht van een beslissing van een wettelijk tuchtcollege kan vallen onder de direkte werking van artikel 344 lid 1 aanhef en sub 1 Sv. Blok-Besier zegt immers, dat met opzet niet van 'vonnissen' alleen werd gesproken, doch van alle beslissingen van met rechtsmacht belaste colleges of personen, teneinde ook beslissingen van administratieve rechters (zoals bijvoorbeeld Raden van Beroep voor de direkte belastingen en soms Gedeputeerde Staten), alsmede van scheidslieden hierdoor te doen bestrijken.²⁸ Processen-verbaal

26 Rang pleitte al voor institutionalisering van het overleg tussen het Openbaar Ministerie en de Inspecteur van Volksgezondheid: J.F. Rang, Medisch tuchtrecht, In: 'Tuchtrecht' van G.E. Langemeijer e.a. NJB-reeks Zwolle 1975, p. 118.

27 Art. 344, lid 2 Sv: 'Het bewijs, dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft gepleegd, kan door den rechter worden aangenomen op het proces-verbaal van een opsporingsambtenaar'.

28 Blok/Besier, a.w., II, p. 157.

en andere geschriften van colleges kunnen in beperkte gevallen wel vallen onder de werking van artikel 344 lid 2 Sv, waardoor die eveneens direct als bewijsmiddel kunnen worden gebruikt. De meeste 'tuchtrechtelijke' stukken kunnen volgens art. 344 lid 1 aanhef en sub 5 Sv alleen gelden in verband met de inhoud van andere bewijsmiddelen; een weinig zeggende beperking, omdat de strafrechter in het algemeen elk bewijsmiddel in verband met andere zal bezien en waarderen.

Al met al blijkt, dat de strafrechter toch wel wat kan beginnen met tuchtrechtelijke stukken. Dat ook het omgekeerde het geval kan zijn, blijkt uit HR 25 april 1975 NJ 1975 – 415. Het betrof hier een klacht tegen een huisarts wegens onzedelijk gedrag ten opzichte van zijn vrouwelijke patiënten.²⁹ Daar was de integratie zóver gegaan, dat de klager-inspecteur zelfs in zijn 'beschuldiging' verwees naar strafrechtelijke stukken. Voor de nadere omschrijving van de in de klacht bedoelde handelingen verwees hij namelijk naar de bij zijn brief overgelegde processen-verbaal van de Rechter-Commissaris van strafzaken bij de Rechtbank te Rotterdam betreffende de getuigenverhoren, die gehouden waren in een door de Officier van Justitie bij die Rechtbank gevorderd gerechtelijk vooronderzoek.

6.4 Bewijs

Kan het zijn, dat wat bij de ene rechter bewezen wordt geacht, bij de andere als niet-bewezen wordt aangenomen? Tegen een systeem, dat de tuchtrechter gebonden is aan de bewezenverklaringen of vrijspraken van een strafrechter, noemt Taat³⁰ twee bezwaren: de strafprocedure moet dan vooraf gaan aan de tuchtprocedure en bovendien zou het helemaal niet zo vreemd zijn, dat na een strafrechtelijke vrijspraak een tuchtrechtelijke veroordeling volgt, aangezien het karakter van het tuchtrecht nu eenmaal mee zou brengen, dat de tuchtrechter eerder het bewijs mag aannemen, dan de strafrechter.

In hoofdstuk 4 is al over het bewijs gesproken. Daarbij is opgemerkt, dat er in het strafrecht praktisch sprake is van een vrij bewijssysteem, zij het, dat de rechter wél de bewijsmiddelen in het vonnis dient op te sommen. Het tuchtrecht kent, bij gebrek aan enige regeling hieromtrent, eveneens een vrij bewijssysteem. Maar bij de stelling, dat de tuchtrechter het bewijs *eerder* zou mogen aannemen, past toch een vraagteken. Wellicht

29 Mij is bekend, dat de Officier van Justitie de zaak heeft geseponeerd en de stukken vervolgens ter beschikking heeft gesteld aan tuchtrechterlijke instanties.

30 J.F. Taat, *Beschouwingen over tuchtrecht*, Boskoop 1948, p. 100/101.

zijn er zelfs argumenten te vinden om hier en daar strengere eisen te stellen, dan in het strafrecht, omdat bijvoorbeeld de getuigen minder betrouwbaar kunnen zijn. Meinedige getuigen moeten staande voor de strafrechter een juridische en emotionele barrière nemen voor hun verklaringen. Zij maken zich schuldig aan het misdrijf van art. 207 Sr. ten overstaan van officiële rechterlijke instanties. Deze rem ontbreekt vaak in het tuchtproces.³¹ Om dit op te vangen worden bijvoorbeeld in het voetbaltuchtrecht veelal verregaande eisen aan het bewijs gesteld: wanneer een speler verdacht wordt van het trappen van zijn tegenstander, zal de voetbaltuchtrechter niet licht op grond van slechts twee verklaringen van tegenstanders tot een veroordeling overgaan en minstens een verklaring van óf iemand van de eigen partij, óf scheids- of grensrechter erbij verlangen.

Rang³² stelt, dat ontslag van rechtsvervolging en vrijspraak een tuchtrechtelijke vervolging *niet* in de weg staan: er kunnen andere motieven in het spel en andere normen van toepassing zijn. Dit nu is een juister bezwaar tegen een strikte binding van het tuchtrechtbewijs aan het strafrecht: een proces staat in het licht van de vermoedelijke overtreden regel of norm. Inderdaad toetst het strafrecht dan veelal aan een andere maatstaf. In de besproken zaak Wim Oostwal werd geen aanwijziging, althans geen aanleiding, gevonden voor een vervolging op grond van het delikt dood door schuld. Voor zulk een vervolging is een strafrechtelijke grove schuld noodzakelijk, die hier niet aanwezig was: het strafrechtelijk systeem woog en bevond de zaak daarvoor te licht. Het Medisch Tuchtcollege in eerste aanleg kwam tot twee maatregelen. Niet omdat het tuchtrecht het bewijs eerder geleverd acht, maar omdat er hier getoetst wordt aan een geheel ander criterium, namelijk de norm 'schending van vertrouwen'. Hebben de artsen door hun handelwijze het vertrouwen in de stand der medici geschonden? Die vertrouwensschending behoeft niet te zijn ontstaan door het *dusdanig* verzaken van de plichten, dat de dood intrad.

Los daarvan konden wellicht aan de betreffende artsen verwijten worden gemaakt over hun handelingen (in casu was het College van Beroep de mening toegedaan, dat zulks niet het geval was). Het is theoretisch mogelijk, dat afgezien van de in dit geval ingetreden dood, de artsen aan binnenkomende patiënten in het algemeen meer aandacht hadden moeten schenken, meer proeven met of foto's van de patiënt hadden moeten nemen. Maar in elk geval is de tuchtrechtelijke norm zeker *niet* gelijk aan de strafrechtelijke regel, dat men geen dood door schuld dient te veroorzaken. Daardoor zegt een strafrechtelijk sepot of vrijspraak *niets* over de tuchtrechtelijke vraag of in casu het vertrouwen in de stand der medici is

31 Uitzonderingen daargelaten. Vgl. bijv. art. 49 lid 7 van de Advocatenwet en art. 43 lid 5 van de Wet op de Registeraccountants.

32 Rang (1975), t.a.p., p. 118.

geschonden. Het betreft hier geen zaak van verschillend bewijsstelsel, maar van verschil in de te toetsen norm of regel. Dit was ook een oorzaak van de mogelijkheid, dat de twee procedures naast elkaar kunnen bestaan.

Concluderend dient te worden gesteld, dat de tucht- en strafrechters in het algemeen niet gebonden zijn aan elkaars uitspraak, omdat aan een ander criterium wordt getoetst. Het kan natuurlijk wel voorkomen, dat in een eerder stadium dezelfde zaken worden onderzocht. Bijvoorbeeld: om vast te stellen of er sprake kan zijn van dood door schuld, respectievelijk schending van het vertrouwen, dient eerst te worden vastgesteld of de patiënt al dan niet volgens de medische regels is behandeld. Hoewel het ook op dit niveau niet een 'must' is, dat straf- en tuchtrechter tot eensluitende oordelen komen (ook rechters in eerste en tweede instantie blijken vaak over het al dan niet bewezen zijn van handelingen verschillend te oordelen) en de twee instanties formeel met elkaars vaststelling van feiten niets te maken hebben, zullen bij voldoende feitelijke omschrijving van de gewraakte gedragingen, beide instanties hier vaak tot hetzelfde oordeel komen.

Tot slot van dit betoog nog twee voorbeelden van deze problematiek uit de jurisprudentie. HR 5 juni 1964 NJ 65-62 gaat over het geval, dat een arts onder meer het geven van een gevaarlijke injectie overliet aan een onbevoegde en onvoldoende geïnstrueerde assistente. Het hof bepaalde volgens de Hoge Raad terecht, dat de beslissing, dat een arts door deze handelingen het vertrouwen in de stand der geneeskundigen heeft ondermijnd, niet in tegenspraak is met de beslissing van de strafrechter, dat niet bewezen is, dat de dood van die patiënte in de zin van artikel 307 Sr aan de schuld van de arts was te wijten:

dat dan ook in de strafzaak iets anders aan appellant is te laste gelegd dan hem in de klacht van de Geneeskundig Inspecteur wordt verweten, waaraan niet afdoet dat ook in de klacht de dood van appellants patiënte ter sprake wordt gebracht.

In MT Eindhoven, 29 december 1978, Gezondheidsrecht 1980-2, nrs. 99 en 100 wordt beslist over te veel declarerende artsen. Terzake valsheid in geschrifte waren de artsen door het Gerechtshof Den Bosch vrijgesproken, maar het college achtte bewezen, dat het handelen van de artsen het vertrouwen in de stand der geneeskundigen heeft ondermijnd. Dit is volgens het college niet in strijd met het ne bis in idem-beginsel:

... het is van oordeel dat zijn beslissing zeer wel verenigbaar is met die van het Gerechtshof, nu ten aanzien van de arts geen opzettelijk handelen doch slechts een verwijtbaar nalaten in aanmerking wordt genomen.

7 Wenselijk tuchtrecht

7.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken werd ingegaan op de wenselijkheid (onderdelen van) het tuchtrecht te veranderen en het met name een duidelijker structuur te geven. In dit hoofdstuk zal worden getracht deze voorstellen te verzamelen en te rubriceren. In het betoog staat nog steeds de indeling van het tuchtrecht, zoals in het eerste hoofdstuk geschetst, centraal: een glijdende schaal, met als uitersten het contractuele (meest vrijwillige) tuchtrecht en het (onvrijwillige) tuchtingingsrecht, met daartussenin het wettelijk tuchtrecht. Dat hierbij deze drie gebieden van tuchtrecht als referentiepunten worden gehanteerd, houdt niet in, dat de idee van de glijdende schaal kan worden verlaten. Door hier schematisch te werk te gaan wordt slechts gepoogd de uitgangspunten zo duidelijk mogelijk in hun consequenties te laten zien.

7.2 Het tuchtingingsrecht

Het gebied van het tuchtingingsrecht bevindt zich dicht tegen dat van het strafrecht aan. We dienen hier kritisch te beoordelen, of we niet in wezen met een soort strafrecht te doen hebben (men denke hierbij aan het tuchtrecht in de P.B.O.'s). Voorzover we toch nog van een vorm van tuchtrecht kunnen spreken (gedacht kan worden aan het tuchtrecht voor militairen en gedetineerden), dient het echter aan tamelijk strenge eisen van rechtsbescherming te voldoen.

We vatten hier enige controlepunten samen: met betrekking tot het Verdrag van Rome neemt het tuchtingingsrecht een onduidelijke plaats in. Aangezien het voeren van een fair proces echter een fundamenteel rechtsbeginsel is, zal ook een tuchtingingsrecht daaraan hebben te voldoen. De vraag rijst dan, of we in het gedetineerdentuchtrecht wel te maken hebben met een voldoende 'onafhankelijke rechter'. Het lijkt, dat de Commissie van Toezicht en de Centrale Raad van Advies als beroepsinstantie, wat de onafhankelijkheid betreft, de toets der kritiek kunnen doorstaan. De mili-

taire tuchtrechter is in hoogste instantie in elk geval 'onafhankelijk'. Voor het gedetineerdentuchtrecht is het echter zeer de vraag of er wel van een 'rechter' mag worden gesproken.

Belangrijk is verder de geschetste (sterke) werking van het nulla poena-beginsel: de norm moet gelden én bekend zijn op het moment van de schending ervan. Daarom dient elke regel die niet te distilleren valt uit de wetenschap van de groepsleden omtrent hetgeen de gezagsdrager redelijkerwijs van hen verwacht, nadrukkelijk geëxpliceerd te zijn.

Voor een tuchtrechtelijke sanktie is in beginsel schuld vereist. Het dient de beschuldigde (bij voorkeur door middel van een schriftelijk stuk) duidelijk te zijn, van welke norm- of regelschendingen hij wordt verdacht.

Het tuchtproces heeft hooguit een gematigd inquisitoir karakter. Mede daarom heeft een beschuldigde het recht, niet mee te werken aan zijn veroordeling; recht op een goede verdediging, maar ook op een *niet-geheime* behandeling van zijn zaak. Het recht van hoger beroep is evident en bestaat in de praktijk dan ook.

Op grond van vorenstaande zou het positieve tuchtigingsrecht hier en daar enige aanvulling behoeven. Dat kan door aanpassing van de betreffende regelingen.¹ Er dient echter voor gewaakt te worden, dat de hier besproken vormen van tuchtigingsrecht niet door een overbelasting van formele regels ongeschikt worden voor een soepele toepassing. Soms moet hier namelijk acuut en snel worden opgetreden. Hoe dit te realiseren?

In ons strafrechtelijk systeem zijn voorlopige voorzieningen geen vreemde eenden in de bijt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij de invezekeringstelling, voorlopige hechtenis en inbeslagneming. Bovendien kent het strafrecht nóg een fenomeen, waarbij aansluiting kan worden gezocht, namelijk de transactie. Wanneer de verdachte akkoord gaat met een buitengerechtelijke afdoening van het door hem gepleegde en dan ook veelal erkende feit, is de politie of de Officier van Justitie in specifiek opgesomde gevallen bevoegd de zaak af te doen met een transactie. Indien de verdachte daaraan voldoet, verwerkt de officier daardoor zijn recht op strafvordering (artt. 74 en 74bis Sr).

Men zou zich kunnen voorstellen, dat voor het tuchtigingsrecht gelijksoortige oplossingen mogelijk blijven of worden. Zo zou men bijvoorbeeld

1 Zie over het positieve klachtrecht voor gedetineerden J.P. Balkema, *Klachtrecht voor gevangenen*, Serie Facetten van strafrechtspleging 2, Alphen aan den Rijn, 1979 en voor een uitgebreide studie C. Kelk, *Recht voor gedetineerden*, Alphen aan den Rijn 1978. In dit kader is vooral hoofdstuk IV, punt 7 (pp. 169-177) en hoofdstuk V, punt 5 (pp. 243-261) interessant. Voor de militairen zie men N. Jörg, *Recht voor militairen*, Alphen aan den Rijn 1979, i.h.b. hoofdstuk VI.

Op het gebied van wetgeving is het militair tuchtrecht in beweging. Blijkens een persbericht van 15 oktober 1980 van het Ministerie van Defensie worden in een nieuw wetsontwerp de tuchtvergrijpen limitatief opgesomd. In zijn algemeenheid wordt een duidelijker onderscheid tussen het militair tucht- en strafrecht voorgestaan.

bij een gevangenis een onafhankelijke tuchtrechter kunnen aanstellen, terwijl de rol van de directeur dan vergelijkbaar zou kunnen zijn met die van een hulp-Officier van Justitie. Moet de directeur onverwijld optreden ten behoeve van de orde in het gesticht, dan zou hij speciale bevoegdheden kunnen krijgen de verdachte in voorlopige afzondering te plaatsen (vergelijkbaar met in verzekeringstelling). Ook zou hij de verdachte wellicht een 'transactie' kunnen voorstellen van een wettelijk te bepalen maximale omvang. Hierbij kan worden gedacht aan een geldboete (inkorting van het loon) tot een bedrag van x-gulden of hooguit enige dagen afzondering van medege-detineerden. Wanneer er dieper dient te worden ingegrepen, dan zou daarvoor slechts een tuchtrechter competent moeten zijn. Eventueel zou ook nog te denken zijn aan een taak voor de Officier van Justitie, te vergelijken met zijn huidige bevoegdheid een in verzekeringstelling met twee dagen te verlengen. De tuchtrechter, en niet de directeur, zou dan uiteindelijk over de straf kunnen beslissen. Men zou hierbij in sommige gevallen zelfs de rechter, die destijds veroordeelde, of een speciale executie-rechter² kunnen inschakelen. Ingeval een dergelijke procedure te zwaar wordt geoordeeld, zou men ook aan de mogelijkheid kunnen denken om de huidige bevoegdheden van de directeur intact te laten, maar de beroepsmogelijkheid meer in overeenstemming te brengen met de eis van een 'onpartijdig rechterlijk' college.

Voor het militair tuchtrecht ligt de zaak in dier voege anders, dat hier aansluiting moet worden gezocht bij de militaire strafrechter. De bevoegdheden van de commandanten (in elk geval over de dienstplichtigen) zouden kunnen worden ingeperkt op een manier, die te vergelijken is met de hier gedane suggesties voor het gedetineerden-tuchtrecht. Wel zou ook hier de mogelijkheid moeten bestaan, dat de soldaten hun (beperkte) straffen vrijwillig accepteren, bij wijze van een soort transactie.³

Tot slot nog enige opmerkingen over het tuchtrecht, dat in wezen strafrecht zou behoren te zijn. Naar mijn mening zouden deze vormen van tuchtrecht weer in het strafrecht moeten worden opgenomen. Als voorbeeld denke men aan het terugplaatsen van het tuchtrecht van de P.B.O.'s onder het bereik van de Wet Economische Delicten.⁴ We moeten ons er daarbij van bewust zijn, dat dit ingaat tegen een algemene tendens om zaken *uit* het strafrechtelijk systeem te halen. Maar de alternatieven die-

2 Vgl. *Trema* speciaal 1978-1 getiteld: de executierechter.

3 In het in noot 1 genoemde wetsontwerp wordt de beklagmeerdere vervangen door een beroepsmogelijkheid op de rechtbank.

4 Hiermede hoeft niet te worden volstaan; het feit, dat de strafrechtelijke procedure te zwaar is voor allerlei geringe overtredingen, is een algemeen probleem en in dat kader wordt wel gedacht aan vereenvoudigde systemen, in welke systemen dan zeker ook de hiergenoemde strafbare feiten zullen thuishoren. Vgl. over dit vraagstuk A. Mulder, *Strafrechtspolitiek*, DD 10 (1980) pp. 331-342.

nen dan aantrekkelijk te zijn.⁵ Het gaat er hier om ontduiking van de rechtswaarborgen te bestrijden. Het kan niet de bedoeling van het streven naar decriminaliseren zijn om door ombouw van strafrecht tot tuchtrecht een stuk rechtsbescherming, die het strafrecht biedt, buiten spel te zetten: het strafrecht geeft niet voor niets een reeks bevoegdheden aan de verdachten, die in het bestaande tuchtrecht soms zelfs node worden gemist. Zolang de zaken er zo voorstaan, is er geen reden de beschermde en controleerbare strafrechtelijke reacties in te ruilen voor oncontroleerbare, althans minder controleerbare tuchtrechtelijke reacties. Dat is zeker niet in het belang van de beschuldigde! Vooralsnog is hij het meest gebaat bij de hier voorgestelde integratie in het strafrechtelijk systeem met de daaraan verbonden bescherming en bevoegdheden. Bovendien wordt de situatie dan weer overzichtelijker, doordat dan de straf (proces-)rechtelijke beginselen wederom duidelijk en zonder voorbehoud van toepassing worden.

7.3 Het wettelijk tuchtrecht

In de vorige hoofdstukken is ervaren, dat er weinig uniformiteit te ontdekken valt in de bestaande vormen van wettelijk tuchtrecht. Op de mogelijkheid van bestraffing door straf- én tuchtrechter is uitgebreid ingegaan. We hebben gesignaleerd, dat R Emmelink⁶ en Sanders⁷ de rechtvaardiging van de dubbele bestraffing zochten in het argument, dat aan de strafrechter andere straffen ter beschikking staan. R Emmelink wees in dit verband op de hechtenisstraf en Sanders op de voorwaardelijke veroordeling. Er kan inderdaad worden geconstateerd, dat sommige strafrechtelijke straffen zwaar lijken aan te komen. Van belang is het in dit verband te wijzen op de vrijheidsstraffen en de verbeurdverklaring c.q. de onttrekking aan het verkeer van voorwerpen. We dienen echter niet te generaliseren. In de praktijk kunnen we dagelijks meemaken, dat verdachten liever een (korte) gevangenisstraf krijgen, dan een (langere) ontzegging van de rijbevoegdheid. De mogelijkheid tot voorwaardelijke veroordeling zou zeker kunnen worden opgenomen in een sanktiepakket van de tuchtrechters.⁸ Wat de vrijheidsstraf betreft, moeten wij bedenken, dat via het tuchtrecht in de eerste plaats de belangen van de eigen kring worden behartigd, zodat het

5 We stipten dit reeds aan in hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.9.

6 J. R Emmelink, *Onbevoegde uitoefening van beroepen in het Nederlands Strafrecht*, Utrecht 1951, p. 109.

7 D. Sanders, *De praktijk van het medisch tuchtrecht*, Deventer 1967, p. 194.

8 Vgl. O.A.C. Verpaalen, Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en het tuchtprocesrecht wenselijk?, Preadvies, *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 1, derde stuk, p. 79 en vraagpunten in die Handelingen, deel 2, p.115.

onjuist zou zijn de tuchtrechter ter behartiging van deze belangen de beschikking te geven over een zware straf als vrijheidsbeneming. Maar nu het wettelijk tuchtrecht door de wetgever is uitgetild boven het eigen-kring belang, zou men kunnen overwegen, om aan de tuchtrechter (eventueel anders samengesteld) de bevoegdheid te geven een (korte) vrijheidsstraf op te leggen en op deze wijze een dubbele berechting overbodig te maken. Een andere mogelijke oplossing zou zijn, dat de tuchtrechter, wanneer er naar zijn oordeel een sanktie uit het Wetboek van Strafrecht dient te worden opgelegd, de zaak mét uitspraak over de technische zijde van de kwestie, verwijst naar een rechtbank voor het opleggen van een straf. Het zou zelfs zo kunnen zijn, dat hiervoor één rechtbank in den lande wordt aangewezen.

Overigens zij nogmaals opgemerkt, dat het in ons huidige recht al mogelijk is, dat een tuchtrechter straffen oplegt, die ook tot het pakket van de strafrechter behoren. Men denke aan de geldboete.⁹ Ook andersom kan op 'elkaars terrein' worden gewerkt: de strafrechter kan in bepaalde gevallen (vergelijk art. 9 onder b en 1° Sr) de bijkomende straf van ontzetting uit bepaalde rechten — waaronder de uitoefening van bepaalde beroepen — uitspreken. In verband hiermee zou men zelfs nog verder kunnen gaan en overwegen het wettelijk tuchtrecht te integreren in het strafrechtelijk stelsel. Alle afzonderlijke (gedeelten van) wetten dienaangaande zouden dan kunnen vervallen. Bij de rechtbanken en hoven kunnen in dat geval bijzondere kamers ingesteld worden, die, behalve uit de 'normale' leden, moeten bestaan uit twee deskundigen vanuit de verschillende vormen van tuchtrecht. Dergelijke kamers zouden uitgerust kunnen worden met het gehele straf- en tuchtrechtelijk sanktiepakket. Zij berechten zowel de zwaardere als de lichtere feiten. Wanneer een handeling zowel straf- als tuchtrechtelijke aspecten heeft, worden deze gelijktijdig door het college berecht en afgedaan. Dat op deze wijze een dubbele berechting en bestrafing wordt voorkomen, is het grootste voordeel van een dergelijk systeem. Is een bepaalde handeling aanvankelijk slechts 'strafrechtelijk' ingeschat en niet 'tuchtrechtelijk', of andersom, dan zal zich een in de wet op te nemen uitwerking van het ne bis in idem-beginsel volledig kunnen verzetten tegen een dubbele berechting.

In zo'n situatie kan men van het Openbaar Ministerie niet alle vereiste deskundigheid verwachten. Daarom zou men voor elke vorm van het wettelijk tuchtrecht-inspecteurs kunnen benoemen en deze bijvoorbeeld kunnen opnemen als lid van het Openbaar Ministerie. Nu al vervult de Verkeersschout de rol van een deskundig lid van het O.M., ook al is hij geen

9 Vgl. J.A. Schuering, *De grenzen van het Tuchtrecht*, *NJB* 1942, p. 263; voor het medische tuchtrecht: Sanders, a.w., p. 120; B. de Gaay Fortman, *Medisch Tuchtrecht*, Zwolle 1947, p. 57 en J.F. Rang, *Medisch tuchtrecht*, In: *'Tuchtrecht'* van G.E. Langemeijer e.a., *NJB-reeks*, Zwolle 1975, p. 97.

jurist. Op het gebied van het gezondheidsrecht zou men dan bijvoorbeeld kunnen denken aan een Gezondheidsschout. Wie van de twee (de Schout of de Officier van Justitie) dan uiteindelijk op de zitting zal verschijnen is een zaak van nadere uitwerking.

In het voorgaande filosofeerden we over mogelijke oplossingen, waarin met name aan het bezwaar van dubbele berechting tegemoet wordt gekomen, terwijl tevens allerlei bijzondere wetten zouden kunnen vervallen door een eenvormige wet, die de bijzondere tuchtkamers van de rechtbanken beheerst.

Een minder ver gaande mogelijkheid is een kaderwet, die uitgaat van de thans bestaande tuchtrechtsstelsels en algemene regels geeft.¹⁰ Door op deze wijze de betekenis van het Verdrag van Rome voor het tuchtrecht in een nationale wet uit te drukken, zou de overheid een belangrijke taak vervullen.

Wanneer een dergelijke wet zou worden gemaakt, dan kunnen alle aparte wetjes of gedeelten van wetten, die wettelijk tuchtrechtspraak regelen, worden opgeheven. Immers zoals onder meer uit de hiervoor gemaakte opmerkingen over het bestaande tuchtrecht bleek, is er sprake van een ongecoördineerde reeks wettelijke regelingen, waarbij van een overzichtelijk geheel geen sprake is! Een uniforme regeling zal de duidelijkheid ten goede komen. Ter wille van die duidelijkheid lijkt een algemene wet ook te prefereren boven een derde – minst ver gaande – mogelijkheid, namelijk om al de bestaande wettelijke regelingen onder de loep te nemen en aan te passen aan de eisen. Verschillende ministeries zullen zich bij een dergelijke keuze aan dat herschrijven moeten zetten, waarbij weer (nieuwe?) verschillen en onvolkomenheden kunnen ontstaan. Maar nadrukkelijk zij erop gewezen, dat zo'n aanpassing per regeling niet geheel onmogelijk is. De controlepunten kunnen uit de hierna op te nemen schets van een kaderwet worden gedestilleerd.¹¹

In een hier bepleite kaderwet zouden voor het wettelijk tuchtrecht de navolgende bepalingen kunnen worden opgenomen:

- Leden van de groep waken ervoor niet te kort te schieten in de zorg, die zij als funktionaris dienen te betrachten tegenover het publiek. Zij kunnen niet gestraft worden voor overtredingen van normen en regels, die hun op het moment van de verweten handeling(en) redelijkerwijs

10 Vgl. bijvoorbeeld P.J.W. de Brauw, *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2, p. 86; men vergelijk hierbij de Wet van 16 september 1954, Stb. 417 (Wet Tuchtrechtspraak Bedrijfsorganisatie), die al als een 'kader'-wet funktioneert. (Nogmaals ten overvloede: mijns inziens niet terecht wordt bij de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie van 'tuchtrecht' gesproken).

11 Met opzet wordt hier gesproken van 'schets'. Het kan niet worden opgevat als een proeve van een Wetboek. Overigens zou het voorgaande kunnen worden beschouwd als een Memorie van Toelichting.

nog niet bekend konden zijn. Het is daarvoor niet nodig, dat de normen schriftelijk zijn geëxpliceerd.

- Geen maatregelen of straffen worden opgelegd, wanneer aan betrokkene de litigieuze handelingen niet kunnen worden verweten.
- De betrokkene kan tuchtrechtelijk niet andermaal worden vervolgd wegens handelingen, waarover de tuchtrechter reeds heeft geoordeeld. Bij een noodzakelijke strafrechtelijke vervolging na een tuchtrechtelijke, houdt de strafrechter rekening met de straf, die de tuchtrechter reeds heeft opgelegd. Hij zorgt ervoor, dat de betrokkene door de dubbele vervolging niet onevenredig zwaar wordt gestraft.
- In de tuchtcolleges hebben zowel juristen als leden van de betreffende beroepsgroep zitting.
- Als aanklager fungeert bij de tuchtcolleges een staatsinspecteur van toezicht op de betreffende groep.¹²
- Voor zover hier niet anders is bepaald, zijn de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering, wat de rechten en positie van de verdachte betreft, van overeenkomstige toepassing.
- Aan de betrokkene dient een duidelijke schriftelijke omschrijving te worden gegeven van de feiten, die hem worden verweten en van de norm of de regel, die hij daardoor zou hebben overtreden.
- Betrokkene is in principe niet verplicht voor het gerecht te verschijnen. Het tuchtcollege kan evenwel daartoe wel het bevel geven.¹³
- De schriftelijke beschuldiging kan ter zitting schriftelijk worden aangevuld of gewijzigd. Doch daarna dient aan de betrokkene een redelijke termijn gelaten te worden, teneinde zijn verdediging voor te bereiden, tenzij deze verklaart geen prijs te stellen op uitstel.
- Betrokkene wordt voor onschuldig gehouden, totdat zijn schuld is bewezen. In bijzondere gevallen, bij algemene maatregel van bestuur te regelen, kunnen voorlopige voorzieningen worden getroffen.
- Betrokkene is nimmer verplicht enige actieve steun te verlenen aan zijn proces.

12 Een 'ambtshalve'-vervolging door de tuchtcolleges zelf, zoals we ook nog in 'moderne' wetten als de Wet op de Registeraccountants (Wet van 28 juni 1962, Stb. 258 art. 40) en de Wet op de Accountantsadministratie-consulenten (Wet van 13 december 1972, Stb. 748, art. 41) aantreffen, zou niet tot de mogelijkheden dienen te behoren.

13 De in noot 10 genoemde Kaderwet, de Wet Tuchtrechtspraak Bedrijfsorganisatie, geeft het bestuur van het betrokken lichaam ten onrechte de mogelijkheid (art. 8 lid 3) bij verordening te bepalen, dat wederrechtelijk wegblijven van de beschuldigde tuchtrechtelijk kan worden bestraft.

- Betrokkene heeft het recht persoonlijk op de beschuldiging te worden gehoord.
- Het proces is in beginsel openbaar. Het tuchtcollege kan evenwel op verzoek van één der partijen of ambtshalve tot een behandeling met gesloten deuren besluiten.
- Het vonnis van het college wordt in het openbaar uitgesproken en kan in beginsel — zij het anoniem — worden gepubliceerd. Het is met redenen omkleed.
- Tegen de uitspraak is te allen tijde beroep mogelijk. Het beroepscollege bestaat uit drie juristen en twee deskundigen; zij worden door de Kroon voor het leven benoemd; de deskundigen zijn lid van de betreffende groepering. De leden van het college hebben de status van 'rechter'; het college dat van 'gerecht'. Tegen de uitspraak van een dergelijk beroepscollege staat beroep in cassatie open.
- Kosten van de procedure worden niet doorberekend aan de betrokkene.

7.4 Het contractuele tuchtrecht

Thans rest ons nog het contractuele tuchtrecht. Ook voor dit gebied van het tuchtrecht (in de verenigingen) kan een kaderwet worden opgesteld, met dwingend recht, binnen de grenzen waarvan dat tuchtrecht zich zal dienen te bewegen. Voor het overige zou men de verenigingen de vrijheid kunnen laten zelfstandig hun regelingen op te stellen. Het effect van de kaderwet is dat deze als richtlijn kan fungeren, maar ook als controlepunt. Wanneer leden het met een procedure niet eens kunnen zijn, moeten zij een beroep kunnen doen op de gewone burgerlijke rechter.¹⁴ De rechter toetst dan, of de vereniging niet buiten haar boekje is gegaan.¹⁵

Ook het tuchtrecht, dat in het bedrijfsleven geldt, zou men onder het verenigingsrecht kunnen inschalen, zij het dicht bij het wettelijk tucht-

14 Wassing (A. Wassing, *Het tuchtrecht van het publiekvoetbal*, Deventer 1978, p. 175) stelt als toetsingscollege voor het sportprocesrecht voor een Hoge Raad voor de Sport. Eén van de doeleinden van mijn betoog is echter het aantal instanties te verminderen en daardoor de onderlinge verschillen geringer te maken. Dan zou er, voor zoveel nodig, meer moeten worden overgelaten aan de gewone rechter, die het gehele verenigingsrecht kan bestrijken. Wellicht zou men ook kunnen denken aan de mogelijkheid een declaratoir vonnis te vragen.

15 Een uitspraak van de president Utrecht op 26 september 1980 bewijst, dat een dergelijke toetsing serieus genomen dient te worden. De artikelen 11 jo. 13 van boek II van het Burgerlijk Wetboek geven de rechter belangrijke macht om niet alleen de naleving van de statuten, maar zelfs van de reglementen te controleren. In de aangehaalde uitspraak ging het erover, dat een afdeling van de Voetbalbond ten onrechte aan een (zaal)voetbalvereniging vier winstpunten in mindering had gebracht.

recht. Door de minder vrijwillige aanwezigheid zal de wettelijke rechtsbescherming hier extra accent moeten krijgen. Dit zelfde geldt voor het tuchtrecht voor de beroepssporten. Het lijkt niet nodig deze tak van het verenigingstuchtrecht over te hevelen naar het wettelijk tuchtrecht. Zeker niet, wanneer de hieronder voorgestelde regels worden toegepast. De voordelen¹⁶ van een 'eigen' tuchtrecht overtreffen hier toch wel de nadelen. Bij zowel een tuchtrechtelijk als een strafrechtelijk optreden dient zo mogelijk de tuchtrechter vóór te gaan en de strafrechter rekening te houden met de opgelegde tuchtrechtelijke straf (tenzij uiteraard de Officier van Justitie seponeert) op een wijze als hiervoor in hoofdstuk 6 werd beschreven.

Voor de duidelijkheid is het gewenst de wettelijke regels voor het contractuele tuchtrecht in een afzonderlijk deel van de kaderwet onder te brengen, ook al zijn diverse regels identiek aan de bepalingen, die gelden voor het wettelijk tuchtrecht. Ook hier dient de kaderwet zich te beperken tot de hoofdlijnen. De belanghebbenden zelf dienen voor nadere invulling te zorgen met inachtneming van de navolgende bepalingen:

- Leden van een groep kunnen niet gestraft worden voor overtredingen van normen en regels, die hen op het moment van de verweten handeling(en) redelijkerwijs nog niet bekend konden zijn. Het is daarvoor niet nodig, dat de normen schriftelijk zijn vastgelegd.
- Alleen in bijzondere gevallen kan worden opgetreden tegen leden, aan wie de litigieuze handelingen niet kunnen worden verweten: als maatregel kan dan slechts uitstoting uit de groep worden opgelegd. Deze bepaling vindt geen toepassing, wanneer de betrokkene hierdoor direkt in de uitoefening van zijn beroep kan worden geschaad.
- Een betrokkene mag niet andermaal tuchtrechtelijk worden vervolgd voor handelingen, waarover door de bevoegde tuchtrechter reeds is geoordeeld.
- De tuchtrechters worden door de vereniging of het bedrijf gekozen of benoemd. Zo mogelijk, maar in elk geval wanneer straffen kunnen worden opgelegd, die de betrokkene direkt schaden in de uitoefening van zijn beroep, fungeert als voorzitter een jurist.
- Aan de betrokkene wordt een duidelijke omschrijving gegeven van de feiten, die hem worden verweten en van de norm of regel, die hij daardoor zou hebben overtreden.

16 Vgl. H. de Doelder en A.J.A. van Dorst, *Sport en Strafrecht*, *NJB* 1977, p. 169.

- Bij voorkeur, maar in elk geval in het meer genoemde 'beroepen'-tuchtrecht is er een onderscheid tussen aanklager en rechtsprekend college.
- Betrokkene is onder geen beding verplicht voor het tuchtgerecht te verschijnen. Betrokkene is nimmer verplicht enige actieve steun te verlenen aan zijn proces.
- Na de uiteindelijke definitieve inbeschuldigingstelling wordt aan de betrokkene een redelijke termijn gelaten teneinde zijn verdediging voor te bereiden, tenzij deze verklaart geen prijs te stellen op uitstel.
- Betrokkene wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld is bewezen. In bijzondere gevallen, bij reglement te regelen, kunnen voorlopige voorzieningen worden getroffen.
- Betrokkene heeft het recht persoonlijk op de beschuldiging te worden gehoord.
- Betrokkene heeft de volledige gelegenheid van processtukken kennis te nemen op bij reglement te regelen wijze; hij dient zijn proces zelf in zijn geheel te kunnen bijwonen en zich te kunnen laten bijstaan door een ander groepslid. In het beroepentuchtrecht is bijstand geoorloofd van een advocaat, ook al is deze laatste geen groepslid.
- Het proces is voor de groepsleden in beginsel openbaar.
- De uitspraak van het college is voor de groepsleden in elk geval openbaar. Het vonnis is met redenen omkleed.
- Tegen de uitspraak is te allen tijde beroep mogelijk bij een beroepscollege, dat door de vereniging of het bedrijf wordt benoemd of gekozen.
- De werkelijk te maken kosten van de procedure mogen worden doorberekend aan de betrokkene, indien het reglement dit uitdrukkelijk bepaalt.

Samenvatting

Sanktierecht in volstrekt verschillende milieus noemen we tuchtrecht. Te denken ware bijvoorbeeld aan een vereniging, aan medici of aan militairen. Heeft al dat tuchtrecht nu wel gemeenschappelijke kenmerken, die de inhoud van dat begrip tuchtrecht zouden kunnen bepalen en met vastheid omlijnen?

Ons gehele rechtsbestel is, niet alleen op publiek-, maar ook op privaatrechtelijk terrein doorspekt met regelingen betreffende het gebruik van het (negatieve) sanktierecht: er zijn civielrechtelijke, administratiefrechtelijke en strafrechtelijke sankties. Heeft het tuchtrecht nu daarnaast een eigen terrein in het grotere geheel van het sanktierecht, of is het te herleiden tot een ander soort sanktierecht?

Als werkhypothese wordt aangenomen, dat het tuchtrecht inderdaad aanleiding geeft tot allerlei eigenaardige problemen, kenmerken of vraagstukken, die niet kunnen worden opgelost of beantwoord door herleiding van het tuchtrecht tot enig ander rechtsgebied. Het tuchtrecht blijkt inderdaad een bruikbare eenheid, los van andere systemen, ondanks de veelvormigheid van het tuchtrecht. Met behulp van een terreinverkenning vanuit een aantal verschillende gezichtspunten (checkpoints), die nogal eens in de literatuur worden genoemd om overeenkomsten, dan wel verschillen tussen het tuchtrecht en een ander rechtsgebied (privaat-, administratief- dan wel strafrecht) aan te tonen, kon tot dit oordeel worden gekomen.

Het tuchtrecht is groepsrecht. Essentieel is dan wat onder het begrip 'groep' wordt verstaan. Daar ligt ook een grote bron voor misverstanden. Degenen, die zware eisen aan een 'groepsdefinitie' stellen, komen tot de conclusie, dat er slechts in die — weinige — gevallen van 'tuchtrecht' sprake is, terwijl anderen tot de tegengestelde conclusie komen. Hier wordt betoogd, met behulp van sociologische inbreng, dat het, om van een groep (en dus van tuchtrecht) te mogen spreken, nodig is, dat de leden van een dergelijke groepering besef moeten kunnen hebben van de in de groepering bestaande gemeenschappelijke normen. Dit is een minimum-eis, die mede is ingegeven (zoals in hoofdstuk 3 wordt besproken) door het feit, dat in het tuchtrecht in min of meerdere mate toelaatbaar moet worden geacht, dat die normen ongeschreven blijven, terwijl de overtreding daarvan toch kan worden bestraft.

De verschillende, in de bestaande literatuur reeds gemaakte indelingen van het tuchtrecht worden naast elkaar gezet. Omdat deze indelingen echter geen rechtsgevolgen hebben, wordt een nieuwe indeling aangegeven aan de hand van de mate van vrijwillige aanwezigheid in de groep. Met behulp van dit vrijwilligheids criterium kan meer inzicht worden verkregen in de problematiek van het tuchtrecht in zijn onderlinge verscheidenheid. Het is mogelijk aan de hand van dit criterium een reeks op te stellen voor het tuchtrecht. Aan de ene kant van de schaal wordt het tuchtrecht geplaatst, waar van *veel* vrijwilligheid kan worden gesproken (bijvoorbeeld hobbyverenigingen); aan de andere kant is plaats voor het '*minst* vrijwillige' tuchtrecht (bijvoorbeeld tuchtrecht voor gedetineerden). Tussen deze uitersten kunnen andere vormen van tuchtrecht worden gesitueerd (bijvoorbeeld het veelal in wetten geregelde 'beroepen'tuchtrecht).

Wanneer we de polen van de hier beschreven schaal doortrekken, komen we aan de *meest* vrijwillige zijde in het verbintenissenrecht en aan de andere zijde in het gebied van het strafrecht. Het gehele tuchtrecht-'veld' wordt door deze twee rechtsgebieden het sterkst beïnvloed. Afhankelijk van de plaats van een bepaalde vorm van het tuchtrecht op de vrijwilligheidsschaal, wordt dat tuchtrecht meer of minder beïnvloed door de beginselen, die we ook in het contractenrecht en strafrecht ontwaren.

In hoofdstuk 2 wordt besproken welke de invloed kan zijn van onze Grondwet en van verdragen op het tuchtrecht. Met name artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Verdrag van Rome) is van belang. De jurisprudentie uit Straatsburg wordt uitgewerkt om te komen tot een oordeel over de vraag, of het tuchtrecht kan vallen onder de termen 'determination of civil rights and obligations', dan wel 'criminal charge'. Nadat de invloed van artikel 6 VvR op het tuchtrecht is besproken, rijst de vraag of men kan afwijken van de inhoud van het verdrag. Voor het tuchtrecht, waarbij de overheid geen rol speelt, is het van belang, dat aan het verdrag een zogenaamde 'derdenwerking' kan worden toegekend.

Hoofdstuk 3 is een rechtsvergelijkende studie van voornamelijk straffen tuchtrecht betreffende enige materieel-rechtelijke beginselen. In dit kader wordt stilgestaan bij het nulla poena-beginsel. We onderscheiden het in twee vragen: gold de norm tijdens de vermeende overtreding? was er een codificatie van die norm? Voor het tuchtrecht geldt slechts de geldings-eis. Doordat de meeste schrijvers de codificatie-eis als criterium nemen, komen ze — ten onrechte — tot de conclusie, dat het tuchtrecht niet door het nulla poena-beginsel wordt beïnvloed. Hier wordt een andere gevolgtrekking gemaakt. De druk van de codificatie-eis wordt wél groter, naarmate de betreffende vorm van het tuchtrecht dichter tegen het strafrecht aan op de vrijwilligheidsschaal dient te worden gesitu-

eerd. Ter illustratie worden hiervoor uitstapjes met commentaar gemaakt naar het tuchtrecht voor medici, advocaten en notarissen. Alleen voor het meest vrijwillige tuchtrecht zijn situaties denkbaar, dat een tuchtrechtelijke reactie kan volgen, zonder dat de betrokkene 'schuld' heeft. In zijn algemeenheid kan worden gesteld, dat de stelling, dat er voor het tuchtrecht geen 'schuld' zou zijn vereist voordat tot het opleggen van straf of maatregel kan worden overgegaan, geen rechtskracht kan hebben. Vervolgens komen nog enige andere materieel-rechtelijke vraagstukken aan de orde, zoals kwesties rond de faits antérieurs, de fautes privées en de verjaring.

Hoofdstuk 4 omvat een rechtsvergelijkende studie op het gebied van het procesrecht. De functie van de 'tenlastelegging' in het strafproces, wordt vergeleken met die van de 'dagvaarding' in het civiele proces en met die van de 'beschuldiging' in het tuchtproces. Verschillende hoogtepunten van de terechtzitting worden onder de loep genomen. Hoe in concreto een bepaald probleem (bijvoorbeeld is een beschuldigde verplicht mee te werken aan een eigen veroordeling of dient er sprake te zijn van een openbaar proces of vonnis) dient te worden opgelost, hangt in elk geval mede af van het antwoord op de vraag of aan het tuchtproces een accusatoir dan wel een inquisitoir karakter dient te worden toegekend. De stelling wordt verdedigd, gelet op de geldende vormen in de beide 'polen' (het straf- en verbintenissenrecht), dat er ook in het tuchtrecht geen sprake kan zijn van een inquisitoir proces.

Hoofdstuk 5. Het ne bis in idem-beginsel. Voor de vraag of een dubbele vervolging, te weten een strafvervolging naast een tuchtrechtelijke vervolging, toelaatbaar is, wordt eerst ingegaan op de rechtsgronden van het ne bis in idem-beginsel. Voorts wordt de werking van het beginsel nagegaan binnen het straf- en civielrecht, welke rechtsgebieden als 'polen' van het tuchtrecht hun uitwerking hebben op de vele vormen van tuchtrecht die we kennen. Nadat geconcludeerd is, dat het ne bis-beginsel onder beperkende voorwaarden een beginsel is van het gehele negatieve sanktierecht, is de stap naar de conclusie dat het — in principe — ook zijn invloed heeft op strafrechtelijke- naast tuchtrechtelijke vervolging en omgekeerd, klein. Maar doordat het beginsel in wezen niet een dubbele vervolging behoeft te *verbinden*, doch wel het voorkomen van een onrechtvaardige *bestrafing* van een individu beoogt, dient de uitwerking van het beginsel in de onderhavige kwestie hiertoe te worden beperkt. De strafrechter en tuchtrechter moeten daartoe op de hoogte zijn van elkaars vonnissen.

Hoofdstuk 6. Hoe deze communicatie in de praktijk verloopt, wordt hier besproken. In de praktijk blijkt men wel (doch dit is niet geregeld) procesgegevens uit te wisselen. Wanneer strakker de hand zou worden gehouden aan het gestelde in art. 162 Sv, waarin ambtenaren verplicht wor-

den om aangifte te doen van strafbare feiten, dan zou de communicatie tussen straf- en tuchtrechtelijke instanties gestroomlijnder kunnen verlopen. Betreffende het bewijs wordt nog uitdrukkelijk gewezen op de mogelijkheid, dat een tuchtrechter iets wél en de strafrechter iets niét bewezen acht. Dit komt niet doordat in het tuchtrecht minder wordt getild aan de bewijseisen, doch doordat straf- en tuchtrechter aan verschillende regels of normen toetsen.

In hoofdstuk 7 getiteld 'Wenselijk tuchtrecht' worden de hier en daar voorgestelde wijzigingen voor het positieve recht verzameld. Als 'hoofdgebieden' op de vrijwilligheidsschaal worden het vrijwillige ('contractuele'), het minder vrijwillige ('wettelijke') en het minst vrijwillige tuchtrecht ('tuchtigingsrecht') behandeld, zonder daarmede de idee van de glijdende schaal te verlaten. Met name de verschillende gebieden van het wettelijk tuchtrecht behoeven een eenvormige aanpassing. Dit zou men kunnen doen door (de minst verregaande oplossing) een wijziging van alle wettelijke vormen van tuchtrecht, of door (de meest verregaande oplossing) integratie van het wettelijk tuchtrecht in de strafrechtspraak.

Maar ook een andere oplossing is denkbaar, namelijk het instellen van een kaderwet. Voor het wettelijk tuchtrecht worden dan regels van dwingend recht in de kaderwet opgenomen, waardoor de verschillende bestaande wettelijke regelingen grotendeels kunnen vervallen. Een aanzet (schets) van een dergelijke wet wordt gegeven.

Dit laatste geldt ook voor een ander mogelijk onderdeel van de kaderwet, handelend over het contractuele tuchtrecht. Daar kunnen de — overigens verschillende — regelingen van dat 'vrijwillige' tuchtrecht afzonderlijk wél blijven bestaan. De kaderwet geeft in dat geval aan binnen welke grenzen het concrete contractuele tuchtrecht zich zal dienen te bewegen.

Summary

Areas and Principles of Disciplinary Law

Sanction law in completely different settings is called disciplinary law. Settings that come to mind are, for example, an association or the medical profession or the military. Does all this disciplinary law possess common characteristics which could determine its contents and clearly define it? Our entire legal system is, not only in public law but also in civil law, richly provided with rules regarding the use of sanctions (also in a negative sense): there are civil law-, administrative law- and penal sanctions. The question is: does disciplinary law have a field of its own in the larger system of sanction law, or can it be reverted to another kind of sanction law?

As a working hypothesis, it will be assumed that disciplinary law indeed can lead to all sorts of peculiar problems, characteristics or questions which cannot be solved or answered by reverting disciplinary law to any other field of law. Disciplinary law turns out to be a usable unity, separate from other systems in spite of its own pluriformity. This opinion could be reached through reconnaissance based on a number of varying checkpoints, mentioned a few times in literature to demonstrate similarities or differences between disciplinary law and other areas of the law.

Disciplinary law is 'group law'. It is, therefore, essential to comprehend the meaning of 'group'. Herein lies a great source for misunderstandings. Those who strictly define the idea of a 'group' will conclude that only in those few cases one can speak of disciplinary law, while others will reach the opposite conclusion.

This book maintains, with the help of sociology, that it is necessary — in order to speak of a group (and consequently, of disciplinary law) — that the members must be aware of the common norms in such a group. This is a minimum requirement. It is also inspired by the fact (as further discussed in chapter III) that in disciplinary law, it is supposedly more or less acceptable that those norms remain unwritten, while the offence can still be punished.

The various classifications of disciplinary law which have already been made in existing literature are compared. However, because these classifications have no legal consequences, a new classification is given according to the degree of voluntary membership of the group. With the help of the 'voluntariness test', one can gain more insight in the structure of disciplinary law in its inner pluriformity.

It is possible to create a scale for disciplinary law using this criterion. On one side of the scale, one finds disciplinary law implicating a *great amount* of voluntariness (e.g. hobby societies); at the other side, there is a place for the '*least voluntary*' disciplinary law (e.g. disciplinary law for detainees). Other forms of disciplinary law can be found between these two extremes (e.g., professional disciplinary law, which is quite often laid down in legislation).

When we extend the poles of the scale described above, we arrive at the most voluntary side in the law of obligations and, at the other end, in the field of criminal law. These two areas of law have the strongest influence on the total area of disciplinary law. Depending on the place of a certain form of disciplinary law on the voluntariness scale, disciplinary law is more or less affected by the same principles as can be found in the law of contracts and criminal law.

Chapter II discusses the influence of our constitution and treaties on disciplinary law. Article 6 of the European convention on human rights and fundamental freedoms is especially important (Treaty of Rome). The case law from Strasbourg is further worked out in order to form an opinion on the question whether disciplinary law falls within the scope of 'determination of civil rights and obligations', or 'criminal charge'. After discussing the influence of article 6 of the Treaty of Rome on disciplinary law, the question arises whether it is possible to deviate from the substance of the Treaty. For disciplinary law, where the state is not involved, it is important to adjudge the Treaty an effect towards third parties.

Chapter III is a comparative legal study mainly on criminal and disciplinary law with regard to substantive law principles. In this scope the principle '*nulla poena sine lege*' is also discussed. We will distinguish two issues:

- a. was the norm valid during the supposed offence?
- b. was the norm codified?

For disciplinary law only the validity requirement exists. Because most writers assume the codification requirement, they find – unjustly – that disciplinary law is not affected by the *nulla poena* principle. In this book, another conclusion is reached. The pressure of the codification requirement, however, is stronger when the form of disciplinary law in question comes closer to the criminal law on the scale of voluntariness. As an illus-

tration some excursions (with comments) are made into the disciplinary law for doctors, advocates and public notaries. Only for the most voluntary disciplinary law can one imagine situations where a disciplinary action follows, without any guilt on the part of the subject. Generally speaking, it is not legally valid that in disciplinary law no guilt is required before imposing punishment or punitive measures. Subsequently, some other substantive law questions are dealt with such as problems involving 'faits antérieurs', 'fautes privées' and limitation.

Chapter IV contains a comparative study on procedural law. The role of an indictment in the criminal procedure is compared with that of a 'writ of summons' in civil litigation and with that of 'accusation' in disciplinary law. Various highlights of the trial are examined. How a certain problem in a concrete case should be solved (for instance: is an accused compelled to cooperate in his own conviction, or: should the trial take place or the sentence be passed in public?) depends in each case on the answer to this question: is the disciplinary trial accusatory or inquisitorial in character?

Considering the existing forms in both 'poles of the scale' (criminal law and the law of obligations) it is maintained that in disciplinary law, there can be no inquisitorial trial either.

Chapter V:

The principle of 'ne bis in idem'. In order to address the issue whether a double prosecution, i.e. a criminal and a disciplinary one is permissible, the legal basis of the 'ne bis in idem' is studied first.

Also, the effect of this principle is checked within criminal and civil law, which areas of law as poles of disciplinary law on effect the many forms of disciplinary law we know.

After concluding that the ne bis principle under restricted conditions is a principle for the entire negative sanction law, it is only a small step towards finding that it influences criminal, as well as disciplinary prosecution. The principle essentially does not have to *prevent* double prosecution but it does aim at preventing an *unfair punishment* of an individual. Therefore, the effect of the principle should contain a degree of restriction. In order to achieve this, criminal and the disciplinary judges should be informed of each others' judgments.

Chapter VI discusses how this communication works in practice. It is found that in practice, procedural information is indeed exchanged (although it has not been laid down in rules). Communication between criminal and disciplinary authorities would improve if the requirement of art. 162 Dutch penal procedural code- which requires civil servants to sub-

mit complaints of crimes and offences-would be observed more closely. As for evidence, it is explicitly pointed out that a disciplinary judge may regard proof of a certain fact established, while a criminal judge does not. The reason is not that disciplinary law has lighter requirements for evidence, but because criminal and disciplinary judges judge according to different rules or norms.

In Chapter VII, under the heading 'Desirable Law' the various changes which have been suggested for the positive law have been collected. As 'main areas' on the voluntariness scale, the voluntary (contractual), the less voluntary (codified) and the least voluntary disciplinary law (chastising law), are discussed without deviating from the gliding scale concept.

The different areas of legal disciplinary law in particular need uniform adjustment. This could be achieved by modifications of all legal forms of disciplinary law (the least far-reaching solution), or by integrating legal disciplinary law into criminal law. There is also another solution possible, namely the passing of a general bill. This general bill would contain rules of imperative law, which in turn could result in the disposal of various existing legal regulations. An outline of such a bill is presented.

This last proposition also applies to another part of the general bill, which deals with the contractual disciplinary law. In that area, it is quite possible that various regulations of voluntary disciplinary law would remain in existence. The general bill indicates — in that instance — within which borders the actual contractual disciplinary law should be kept.

Literatuurregister

- Abma, K., *De stormbal, 50 jaar Kamer van Toezicht*, een bundel circulaires van de Kamers van Toezicht op de notarissen en candidaat-notarissen, Wageningen 1954.
- Agt, A.A.M. van, Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en het tuchtprocesrecht wenselijk?, Preadvies, *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 1.
- Alkema, E.A., Gelden grondrechten ook voor militairen?, *N.J.B.*, 1975, pp. 1429-1438,
- Preadvies De Europese conventie en het Nederlandse recht, *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, no. 73, mei 1976, Deventer 1976, pp. 85-204,
 - *Studies over Europese grondrechten*, Deventer 1978,
 - Aanpassing van Kroonberoep en request-procedures aan de Europese norm voor een eerlijk proces, *N.J.B.* 1980, pp. 193-198.
- André de la Porte, E., *De tenlastelegging in strafzaken*, Arnhem 1976.
- Asser-Scholten, (*algemeen deel*), Zwolle 1974.
- Asser-Van der Grinten, II (*De rechtspersoon*), Zwolle 1976.
- Asser-Rutten, I (*De verbintenis in het algemeen*), Zwolle 1978.
- Asser-Rutten, II (*Algemene leer der overeenkomsten*), Zwolle 1979.
- Asser-Rutten, III (*De verbintenis uit de wet*), Zwolle 1979.
- Asser, C., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, vijfde deel, *van bewijs*, bewerkt door A. Anema met medewerking van P.J. Verdam, Zwolle 1953.
- Baauiw, P.J., Het europees verdrag en het nederlandse straf(proces)recht in: *Rechten van de mens in mundiaal en europees perspectief*, *Ars Aequi Libri*, 1978, pp. 99-142.
- Balkema, J.P., *Klachtrecht voor gevangenen*, Serie Facetten van strafrechtspleging 2, Alphen aan den Rijn 1979.
- Beerling, H.W.R., Opmerkingen over Engels strafproces, *DD 5* (1975), pp. 400-412.
- Belinfante, A.D., Strafrechtelijke en administratiefrechtelijke sancties. *Praeadvies van de Vereniging van administratief recht*, Haarlem 1957.
- *Kort begrip van het administratief recht*, Alphen aan den Rijn, 1976.
- Bemmelen, J.M. van, Nemo debet bis vexari, *W 12736/7/8*,
- *Handelingen Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1936 I-3^c stuk, pp. 207-209,
 - *Ons strafrecht 1*, Alphen aan den Rijn 1979,
 - *Ons strafrecht 4*, Alphen aan den Rijn 1977.
- Bemmelen, J.M. van — W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht*, deel I, Algemene leerstukken, Arnhem/Den Haag 1953.
- Bie, H. de, *Eenige beschouwingen over Tuchtrect*, Utrecht 1904.
- Binsbergen, W.C. van, *Inleiding strafrecht*, Zwolle 1976.
- Blankhart, J.E., *Beklagmeerdere bedankt!*?, Arnhem 1979.
- Blok, A.J., en L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, Haarlem 1925.
- Bockwinkel, A., Strafrecht en tuchtrecht, *N.J.B.* 1947, pp. 509-518.
- Boeles, P., Ontmanteling van het advocatentuchtrecht, in: *Tuchtrecht*, boekenreeks *N.J.B.* 2, Zwolle 1975, pp. 53-72.
- Boukema, H.J.M., Tuchtrect, *Ars Aequi* 1974, pp. 67-76.
- Boukema, P.J., *Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland*, Amsterdam 1966.
- Brauw, P.J.W. de, Een ondergeschoven kind van de medische tuchtrechtspraak, in: *25 jaar Medisch tuchtrecht*, Bijzondere uitgave van Verslagen en Mededelingen betreffende de Volksgezondheid, juli 1955, pp. 84-88,
- *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2, pp. 86-88.

- Broom, L. en Ph. Selznick, *Sociology*, New York, Hagerstown, San Francisco, London, 6th ed.
 Burkens, M.C.B., *Beperking van grondrechten*, Deventer 1971.
 — Grondrechten in een nieuwe grondwet, *N.J.B.* 1976, pp. 701-716.
- Cleveringa, R.P., *Mr W.v. Rossum's Verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Zwolle 1972, I.
- Crombag, H.F.M., J.L. de Wijkerslooth en M.J. Cohen, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen 1977.
- Dingemans, P.A.M.M., *Hoofdzaken en gezondheidsrecht*, Arnhem 1977.
- Doelder, H. de, Preventieve hechtenis meerdere malen toegestaan? *DD* 7 (1977), pp. 357-367.
- Doelder, H. de en A.J.A. van Dorst, Sport en Strafrecht, *N.J.B.* 1977, pp. 164-170.
- Doelder, H. de en A.C. 't Hart, Verbaliseringsbeleid en opportuniteitsbeginsel, *DD* 6 (1976), pp. 204-211.
 — Medicus en mishandeling, *Gezondheidsrecht* 78/2, pp. 57-68,
 — Ontkenning van schuld en verontschuldiging bij verkeersovertredingen, *VR* 1979, pp. 25-27.
- Doelder, H. de en H.J. Nipperus, 'Tuchtrecht', *WPNR* 5484, pp. 397-411.
- Doelder, H. de en G.A.M. Strijards, Ons gereedschap ter discussie, *DD* 9 (1979), pp. 246-253.
- Dorhout, P., De geheimhouding bij het medisch tuchtrecht, haar gevolgen en haar bezwaren, In: *25 jaar medisch tuchtrecht*, Den Haag 1955, pp. 29-33.
- Drenth, J.H., *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces*, Amsterdam 1939.
- Duk, W., *Tanden van het recht*, Zwolle, 1973.
- Enschede, Ch.J. en A. Mulder, *De wettelijke regelen betreffende de straftoemeting*, bewerkt door L.C.M. Meijers, Zwolle 1979.
- Eijk, H.H. van en A.J. Versteegen, *Arts en Wet*, Haarlem 1929.
- Fokkens, J.W., *Bewijzen in het strafprocesrecht*, Zwolle 1978.
- Franken, H., Mensbeeld, maatschappijopvatting en rechterbeeld, *Trema* 1980, pp. 35-43.
- Fuller, L.L., *The morality of law*, New Haven and London 1963.
- Gaay Fortman, B. de, *Medisch Tuchtrecht*, Zwolle 1947.
- Gerbrandy, J., Anatomie van een medische tuchtaak, *Medisch Contact* 1974, pp. 1417-1420.
- Gerlings, H.J., *Procespartijen en rechter*, Deventer — Antwerpen 1963.
- Geurts, A.C., *De rechtspositie van de gevangene*, Assen 1962.
- Glastra van Loon, J.F., *Norm en handeling*, Haarlem 1956,
 — *De eenheid van het handelen, opstellen over recht en filosofie: 'Regels en bevelen'*, Meppel 1980.
- Goudsmit, C.J., Op welke personen is de wet van toepassing, in: *'25-jaar medisch tuchtrecht'*, Den Haag 1955, pp. 14-18.
- Gijzen, H.A.J., Is het wenschelijk, dat verband wordt gelegd tusschen de verschillende maatregelen naar aanleiding van eenzelfde feit, te nemen door den strafrechter en andere bij of krachtens de wet ingestelde organen? Zoo ja, op welke wijze ware dit verband te regelen?, II, *Preadvies, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1936, eerste stuk.
- Hart, A.C. 't, *Om het O.M.*, Zwolle 1976,
 — Artikel 25 W.V.W. en het legaliteitsbeginsel, in: *Macht en onmacht van de wetgever*, Deventer 1978, pp. 213-224,
 — Pornografie en strafvervolgung: van 'Chick' tot 'Deep Throat', *N.J.B.* 1979, pp. 277-282.
- Hazewinkel-Suringa, D., *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1936, I-3^e stuk, pp. 160-168,
 — *De doolhof van het beroepsgeheim*, Haarlem 1959,
 — *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, bewerkt door J. Rummelink, Groningen 1975.
- Heide, J. ter, *Vrijheid, Over de zin van de straf*, Den Haag 1965.
- Heijder, A., *Bewakers en bewaakten, een bijdrage tot de studie van het gevangeniswezen*, Meppel 1963,
 — Nullum crimen sine lege? in: *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle 1979, pp. 137-153.
- Hondius, E.H., *Standaardvoorwaarden*, Deventer 1978.
- Horst, Th.A.M. van der, *Ambtenaar en grondrechten*, Alphen aan den Rijn 1967.
- Hugenholtz, W., *Hoofddijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, bewerkt door W.H. Heems-kerk, 's Gravenhage 1976.

- Hulsman, L.H.C., *Handhaving van recht*, Deventer 1965,
- Kriteria voor strafbaarstelling, in: *Strafrecht te-recht? Over dekriminalisering en depenalisering*, Baarn 1972, pp. 80-92.
- Jacobs, F.G., *The european convention on human rights*, Oxford 1975.
- Jager, H. de en A.L. Mok, *Grondbeginselen der sociologie*, Leiden 1971.
- Jonkers, W.H.A., *Het penitentiair recht*, Arnhem.
- Jörg, N.D., Bespreking van F. Langemeijer, aard en functie van het militair tuchtrecht, *DD* 8, 1978, pp. 35-43,
- *Recht voor militairen*, Alphen aan den Rijn 1979.
- Kamminga, A.W., *Tuchtrecht*, preadvies Calvinistische Juristen vereniging, s.l., 1949.
- Kamminga, M.T., Militair tuchtrecht en de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens, *N.J.B.* 1973, pp. 1193-1199.
- Kelk, C., *Recht voor gedetineerden*, Alphen aan den Rijn 1978.
- Kortmann, C.J.A.M., Rechtspraak in de nieuwe Grondwet, *N.J.B.* 1980, pp. 796-800.
- Krikke, A. en J. Balkema, Inleiding tot de sektie tuchtrecht, in: *'Strafrecht te-recht?'*, Baarn 1972, pp. 93-109.
- Kruyskamp, C., *Van Dale Groot-Woordenboek der Nederlandse Taal*, 's Gravenhage 1976.
- Kuhn, L.H.C., *Het gezag van gewijsde in burgerlijke zaken*, Amsterdam 1905.
- Langemeijer, F.F., *Aard en functie van het militaire tuchtrecht*, Zwolle 1977.
- Langemeijer, G.E., Het onderwerp van het strafproces, *N.J.B.* 1931, pp. 669-678,
- Tuchtrechtspraak, in: G.E. Langemeijer e.a., *Tuchtrecht*, Boekenreeks *N.J.B.* 2, Zwolle 1975, pp. 1-10.
- Leibholz, G. en H. Rinck, unter Mitwirkung von D. Hesselbergh, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*, Köln 1975.
- Leijten, J.C.M., De strafmaat in verband met niet ten laste gelegde feiten, *N.J.B.* 1964, pp. 36-43.
- Marchant, H.P., Preadvies over 'de regeling van het toezicht op het notariaat en de toepassing daarvan' voor de Broederschap van Candidaat-Notarissen in Nederland en zijne Koloniën, 's Gravenhage 1915.
- Mayer, H., *Zuchtgewalt und Strafrechtspflege, Ein grundsätzlicher Versuch*, Leipzig 1922.
- Melai, A.L., *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, Arnhem 1968,
- De onbevangen strafrechter, *DD* 5 (1975), pp. 124-127,
 - Vijfenzeventig jaar tuchtrechtspraak van de K.N.M.G., *Gezondheidsrecht* 78/4, pp. 130-140,
 - *Het Wetboek van Strafvordering*, Arnhem.
- Meuwissen, D.H.M., *De Europese Conventie en het Nederlandse Recht*, Leiden 1968,
- De Europese Conventie en het Nederlandse recht, Preadvies, *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, No. 73, mei 1976, Deventer 1976, pp. 1-83.
- Meijers, E.M., De onrechtmatige Overheidsdaad, *W.P.N.R.* 2883.
- Minkenhof, A., *De Nederlandse Strafvordering*, Groningen 1970.
- Mulder, A., De verhouding van administratieve sancties en straffen, preadvies van de vereniging van administratief recht, Haarlem 1957.
- Economische macht van gemeenten: De Oxirane-zaak, *SEW*, 10 (1975), pp. 588 e.v.,
 - *Schets van het economisch strafrecht*, Zwolle 1975,
 - Strafrechtspolitiek, *DD* 10 (1980), pp. 331-342.
- Mulder, G.E., De sanktie, *DD* 4 (1974) pp. 9-21.
- Mijer, E., De verdachte in het geding — ter informatie, *DD* 4 (1974), pp. 244-247.
- Mijn, W.B. van der, Wetgeving medische beroepsuitoefening, in: *Medische beroepsuitoefening en beroepsaansprakelijkheid*, Serie Medisch recht 5, Deventer 1972,
- *Wettelijke regelingen voor beroepen in de gezondheidszorg*, Serie Medisch recht 6, Deventer 1973,
 - 'Het medisch tuchtrecht als zwaard van Damocles', in: *Medisch Contact* 1976/23, pp. 747-752.
- Nagel, W.H., *De funkties van de vrijheidstraf*, Kriminologische cahiers 3, Alphen aan den Rijn, 1977.
- Néard, H., *Les principes généraux du droit disciplinaire*, Paris 1903.
- Nieboer, W., *Strafen maatregel*, Arnhem 1973,
- *Psychiatrie en recht*, Hoofdstukken uit de forensische psychiatrie, Deventer 1977.
 - *Wetens en willens*, Arnhem 1978.
- Nieuwenhuis, J.H., *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer 1979.

- Nispen tot Sevenaer, C.M.O. van, Over het wezen van den disciplinaire maatregel, *Tijdschrift voor Strafrecht*, XLV 1935, pp. 17-26.
- Noyon, T.J., *Het wetboek van strafrecht*, Groningen 1896.
- *Het wetboek van strafrecht*, bewerkt door G.E. Langemeijer, Arnhem 1947 en 1954.
- Noyon, T.J. — G.E. Langemeijer, *Het wetboek van strafrecht*, bewerkt door J. Rummelink, Arnhem.
- Nijgh, I.J.H.M., Non bis in idem in de disciplinaire procedure, *Advocatenblad* 1960, pp. 370-378.
- Ongering, J.C.M., *Het tuchtrecht in het bedrijfsleven*, Utrecht — Nijmegen 1946.
- Ong Sien Hien, Politie en legitimiteit, *DD* 9 (1979).
- Regels en rechtsregels bij J.F. Glastra van Loon, in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1981.
- Oosten, M.S. van, Herhaalde toepassing van dwangmiddelen in het strafproces, *N.J.B.* 1951, pp. 649-653.
- Peters, A.A.G., *Het rechtskarakter van het strafrecht*, Deventer 1972.
- Pinto, M. de, *Bijdrage tot de leer der disciplinaire bestraffingen van staatswege bedreigd*, Leiden 1876.
- Poel, J. van der, *Rondom compositie en compromis, fiscale studie in bestuurs- en strafrecht*, Utrecht 1942.
- Polak, L., *De zin der vergelding*, Amsterdam 1947.
- Polak, N.J., De 'beledigde partij' in ere hersteld, *N.J.B.* 1980, pp. 21-32.
- Pompe, W.P.J., Vooronderzoek of eindonderzoek beslissend?, *Tijdschrift voor strafrecht* 1959, pp. 141-151.
- Pot, C.W. van der, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door A.M. Donner, Zwolle 1977.
- Prins, W.F., Tuchtrecht, in: *R.M. Themis* 1953, pp. 537-571.
- Rang, J.F., Medisch tuchtrecht, in: G.E. Langemeijer e.a., 'Tuchtrecht', Boekenreeks N.J.B. 2, Zwolle, pp. 86-124,
- *Gezondheidsrechtspraak*, serie Medisch recht 8, Deventer 1976,
- Vijftig jaar Medische Tuchtwet, *Gezondheidsrecht*, 78/4, pp. 141-152.
- Ras, H.E., *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, deel 2, pp. 81-85.
- Regoort, J., Militair tuchtrecht in discussie, *N.J.B.* 1979, pp. 857-863.
- Rummelink, J., *Onbevoegde uitoefening van beroepen in het Nederlands Strafrecht*, Utrecht 1951.
- Ritman, W., Een omstandigheid, die mede de strafmaat bepaalt?, *N.J.B.* 1960, pp. 261-270.
- Rivière, P.J.F.H. van de, *Over de kracht van gewijsde zaak in het strafproces*, Dordrecht 1894.
- Roelse, P.M., Medisch en militair tuchtrecht, *N.J.B.* 1966, pp. 63-64.
- Röling, B.V.A., Is het wenschelijk, dat verband wordt gelegd tusschen de verschillende maatregelen naar aanleiding van eenzelfde feit, te nemen door den strafrechter en andere bij of krachtens de wet ingestelde organen? Zoo ja, op welke wijze ware dit verband te regelen? I Praeadvies, *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1936.
- Roos, N.H.M., De rechterlijke macht en zijn uitsluitende bevoegdheid volgens art. 167 GW, mede in verband met de deelneming van leken aan de rechtspraak. In: *Themis* 1979/6, pp. 545-573.
- Rosen Jacobson, E.J., *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, deel 2, pp. 88-92.
- Royen, B. van, Non bis in idem, *Rechtsgeleerd Magazijn* (1891), pp. 437-454.
- Sanders, D., *De praktijk van het medisch tuchtrecht*, Deventer 1967.
- Schäfer, K., *Strafprocesrecht*, Berlin — New York, 1976.
- Schalken, T.M., De rechtspositie van de benadeelde partij in het systeem van de Nederlandse strafvordering, *DD* 10 (1980), pp. 266-278.
- Schenk, W., *Twintig jaar Hof van Discipline*, Zwolle 1975.
- Schoordijk, H.C.F., Inspanningsverbintenis en resultaatsverbintenis, in: *Bouwrecht* 1969, pp. 65-77.
- Schorlesheim, M., Dossiers ad informandum, *N.J.B.* 1930, pp. 216-221.
- Schuerling, J.A., De grenzen van het tuchtrecht, *N.J.B.* 1942, pp. 249-255 en 261-267.
- Smelser, N.J., *Sociology, an introduction*, New York 1973.
- Soetenhorst-de Savornin Lohman, J., *Kwaad dat mag?* Rotterdam 1975.
- Star Busmann, C.W., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, bewerkt en herzien door L.E.H. Rutten, met medewerking van W.H. Ariëns, Haarlem 1972.
- Stein, P.A., *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer 1973.

- De ontwikkeling van het schadevergoedingsrecht bij onrechtmatige daad, *N.J.B.* 1980, pp. 707-719.
- Stein, T., Wehrdisziplinarrecht vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Anmerkung zum 'Engel'-Urteil des E.G.M.R., in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1976, pp. 285-287.
- Swart, A.H.J., *Het europees verdrag ter bescherming van de rechten van de mens*, Cahier van het Seminarium 'Van Hamel', nr. 12, Amsterdam 1973.
- Taat, J.F., *Beschouwingen over tuchtrecht*, Boskoop 1948.
- Tak, P.J.P., Voorstellen rond de voeging ad informandum, *DD* 8 (1978), pp. 79-87.
- Taverne, B.M., Eéndaadsche samenloop. Een keerpunt in de jurisprudentie van den Hoogen Raad, *N.J.B.* 1932, pp. 129-134.
- Veegens, D.J., Het Europese Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en het nationale recht. *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht* nr. 43, november 1960.
- *Het gezag van gewijsde*, Zwolle 1972.
- Veen, Th.W. van, Verstrakking bij toepassing van art. 68 Sr., *N.J.B.* (1976), pp. 119-121.
- Veldhuyzen van Zanten, F.H., Interne rechtspraak van de KNMG – elitair? *Medisch Contact* 29 (1974), p. 809 e.v.
- Verburg, J.J.I., *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken*, Groningen 1975.
- Verpaalen, O.A.C., Het bewijs in tuchtzaken, *Advocatenblad* 1968, pp. 378-383.
- Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en het tuchtprocesrecht wenselijk? Preadvies, *Handelingen 1971 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 2.
- Visser, J.J.F., Enige juridische aspecten van de taak en bevoegdheden van de Geneeskundige Inspectie van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid, *Gezondheidsrecht* 78/6, pp. 240-248.
- Visser, J.L.A., *Procesgelding van civiele uitspraken*, Utrecht 1952.
- Visser, P. de, *De deelneming van deskundigen aan rechtspraak*, Deventer 1971.
- Völlmar, H.F.A., *Inleiding tot de studie van het nederlands burgerlijk recht*, Zwolle 1964.
- Vries, J. de, *Nederlands Etymologisch Woordenboek*, Leiden 1971.
- Vriesendorp, J.J., Ambtshalve toepassing van het gezag van gewijsde in het burgerlijk geding? *N.J.B.* 1977, pp. 61-65.
- Waarden, J.A. van, Enkele vragen betreffende de voorlopige hechtenis, *N.J.B.*, 1950, pp. 721-729.
- Wassing, A., *Het tuchtrecht van het publiekvoetbal*, Deventer 1978.
- Wiarda, G.J., De betekenis van art. 6, lid 1 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens voor de Nederlandse administratieve rechtsgangen, in: *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle 1979, pp. 458-474.
- Wiersma, K., *Het rechtsmiddel verzet van derden*, Leiden 1952.
- Wijk, N. van, *Franck's Etymologisch Woordenboek*, 's Gravenhage 1949.

Personenregister

- Abma, K., 100
Agt, A.A.M. van, 2, 7, 21, 24, 26, 36, 38,
39, 40, 42, 44, 45, 47, 60, 69, 78, 79,
132
Alkema, E.A., 52, 62, 70, 71, 81, 89, 163
André de la Porte, E., 117
Anema, A., 120, 151
Ariëns, W.H., 120, 148, 151, 158
Asser, C., 4, 6, 18, 19, 31, 104, 105, 120,
151, 152, 184

Baauw, P.J., 90
Balkema, J.P., 79, 129, 142, 197
Beerling, H.W.R., 128
Belinfante, A.D., 4, 20
Bemmelen, J.M. van, 10, 24, 38, 44, 83,
128, 150
Berger, W.J.M., 160, 161
Besier, L.Ch., 182, 183, 192
Bie, H. de, 1, 7, 9, 20, 33, 45, 78, 88, 165,
178
Binsbergen, W.C. van, 128
Blankhart, J.E., 63
Blok, A.J., 182, 183, 192
Bockwinkel, A., 46
Boeles, P., 95
Boukema, H.J.M., 91
Boukema, P.J., 53, 61, 71, 72
Brau, P.J.W. de, 93, 201
Broom, L., 25
Burkens, M.C.B., 65, 71, 80

Cleveringa, R.P., 152, 159
Cohen, M.J., 81
Crombag, H.F.M., 81

Dingemans, P.A.M.M., 186
Dirkzwager, D.P., 97
Doelder, H. de, 45, 83, 99, 105, 146, 147,
157
Donner, A.M., 66, 68, 69, 70
Dorhout, P., 185
Dorst, A.J.A. van, 45, 153
Drenth, J.H., 128
Duk, W., 3
Duynstee, F.J.F.M., 75, 76

Enschedé, Ch.J., 4, 80
Eyck, H.H. van, 146

Fokkens, J.W., 138
Franken, H., 8
Fuller, L.L., 17

Gaay Fortman, B. de, 92, 122, 124, 169,
170, 177, 185, 200
Gerbrandy, J., 134, 187
Gerlings, H.J., 45
Geurts, A.C., 65
Glastra van Loon, J.F., 82
Goudsmit, C.J., 144
Grinten, W.C.L. van der, 184
Gijsen, H.A.J., 38, 166, 167, 168, 177, 178,
179, 184

Hart, A.C. 't, 15, 81, 83, 90, 105, 146, 147
Hattum, W.F.C. van, 150
Hazewinkel-Suringa, D., 35, 36, 105, 110,
122, 149, 150, 167, 176, 186
Heemskerk, W.H., 121, 129, 138, 151, 159
Heide, J. ter, 8
Hesselbergh, D., 175
Heijde, K. van der, 3
Heijder, A., 17, 80, 88
Hondius, E.H., 19
Horst, Th.A.M. van der, 71
Hugenholtz, W., 121, 129, 138, 151, 159
Hulsman, L.H.C., 10, 36
Hymans v.d. Bergh, L.J., 51

Jacobs, F.G., 52, 127
Jager, H. de, 4, 25
Jellinek, 20
Jonkers, W.H.A., 12
Jörg, N.D., 40, 197

Kamminga, A.W., 102
Kamminga, M.T., 48, 54, 62
Kate, Th. B. ten, 95, 123, 153
Kelk, C., 49, 64, 65, 79, 88, 102, 108, 197
Kist, F.C., 11
Kortmann, C.J.A.M., 74, 75
Krikke, A., 79, 129, 142

- Kruyskamp, C., 1, 3
Kuhn, L.H.C., 151
- Laband, 20
Langemeijer, F.F., 1, 20, 21, 24, 36, 37, 40, 46, 86, 103, 106
Langemeijer, G.E., 1, 7, 13, 14, 40, 86, 119, 120, 153, 154, 160, 184, 192, 200
Leibholz, G., 175
Leijten, J.C.M., 118
- Marchant, H.P., 100
Mayer, H., 5, 33
Melai, A.L., 80, 129, 145, 183, 184
Merton, R.K., 25, 26, 27, 28, 46
Meuwissen, D.H.M., 48, 80, 163
Meijers, E.M., 2, 7, 43, 159
Meijers, L.C.M., 4, 80
Minkenhof, A., 138
Mok, A.L., 4, 25
Mulder, A., 4, 80, 172, 173, 198
Mulder, G.E., 3
Muller, F., 3
Myjer, E., 118
Mijn, W.B. van der, 21, 144, 146
- Nagel, W.H., 9
Nézar, H., 5, 7
Nieboer, W., 10, 11, 103
Nieuwenhuis, J.H., 19, 85
Nipperus, H.J., 99
Nispen tot Sevenaer, C.M.O. van, 10, 102
Noyon, T.J., 119, 120, 153, 154, 184
Nijgh, IJ.H.M., 163
- Ongering, J.C.M., 2, 6
Ong Sien Hien, 82, 85
Oosten, M.S. van, 150, 157
- Peters, A.A.G., 15, 80, 90
Pinto, M. de, 78, 112, 132, 137, 140, 164, 165, 167
Poel, J. van der, 6
Polak, L., 3
Polak, N.J., 29
Pompe, W.P.J., 118, 127, 129
Pot, C.W. van der, 66, 68, 69, 70
Prins, W.F., 2, 9, 21, 24, 44
- Rang, J.F., 7, 21, 86, 92, 102, 113, 126, 145, 163, 171, 177, 192, 194, 200
Ras, H.E., 79, 102, 162
Regoort, J., 177
Rommelink, J., 83, 105, 110, 119, 120, 122, 149, 150, 153, 154, 169, 170, 171, 184, 199
Renkema, E.H., 3
Rinck, H., 175
Ritman, W., 118
Rivière, P.J.F.H. van de, 149
Roelse, P.M., 177
Röling, B.V.A., 1, 2, 5, 6, 12, 17, 18, 22, 23, 25, 26, 33, 35, 37, 38, 40, 102, 103, 106, 118, 127, 130, 149, 162, 165, 166, 167, 170, 175, 176, 177, 178, 179
- Roos, N.H.M., 75
Rosen Jacobson, E.J., 162
Rossum, W. van, 159
Royen, B. van, 119
Rutten, L.E.H., 18, 19, 31, 104, 105, 120, 148, 151, 158, 159, 161
- Sanders, D., 92, 93, 102, 103, 106, 110, 122, 124, 144, 147, 163, 167, 170, 171, 177, 183, 185, 199, 200
Schäfer, K., 174, 180
Schalken, T.M., 29
Schenk, W., 97, 130, 131
Scholten, P., 4, 6
Schoordijk, H.C.F., 18
Schorlesheim, M., 118
Schuering, J.A., 200
Schuurmans-Stekhoven, 135
Selznick, Ph., 25
Sills, D.L., 25
Smelser, N.J., 4, 25
Smit, P.T., 101
Soetenhorst-de Savornin Lohman, J., 14
Star Busmann, C.W., 120, 148, 151, 158
Stein, P.A., 105, 151, 152, 158, 159
Stein, T., 163
Strijards, G.A.M., 83, 105
Swart, A.H.J., 48, 127, 139
- Taat, J.F., 2, 17, 18, 19, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 38, 78, 87, 102, 103, 111, 112, 113, 115, 129, 132, 162, 164, 169, 177, 178, 179, 193
Tak, P.J.P., 118, 119
Taverne, B.M., 119, 154
- Veegens, D.J., 47, 69, 120, 151, 152, 159, 160
Veen, Th.W. van, 156, 174
Veldhuyzen van Zanten, F.H., 145
Verburg, J.J.I., 185, 186
Verdam, P.J., 120, 151, 152
Verstegen, A.J., 146
Verpaalen, O.A.C., 5, 6, 39, 40, 45, 46, 79, 82, 102, 130, 138, 183, 187, 199
Visser, J.J.F., 184, 186
Visser, J.L.A., 151, 152, 174
Visser, P. de, 43
Völlmar, H.F.A., 20
Vries, J. de, 1
Vriesendorp, J.J., 161
- Waarden, J.A. van, 157
Wassing, A., 45, 203
Wiarda, G.J., 52, 55
Wiersma, K., 151
Wijk, N. van, 1
Wijkerslooth, J.L. de, 81

Colofon:

Letter: Journal Roman

Zetwerk: Pecasse-Eurozet, Maastricht

Druk en afwerking: Samsom-Sijthoff grafische bedrijven bv

1. Een ruime opvatting van het politiesepot (dat wil zeggen, dat het opmaken van een proces-verbaal niet zonder meer als regel verplicht is voor opsporingsambtenaren, wanneer zij een strafbaar feit constateren) kan worden verdedigd, met theoretische en praktische argumenten, maar kan niet worden afgeleid uit het Broodjeswinkelarrest (HR 31 januari 1950, NJ 1950 — 668, m.n. W.P.). Derhalve dienen criteria te worden opgesteld wanneer er wel een verplichting tot verbaliseren bestaat.
2. De vraag, of een verdachte ten tweede male in eenzelfde vervolging preventief gehecht mag worden, dient in de wet te worden beantwoord in die zin, dat dit slechts bij gewijzigde omstandigheden mogelijk is.
Het bevel tot opheffing van de voorlopige hechtenis zou onder die omstandigheden moeten kunnen worden herroepen.
3. De schulditsluitingsgrond 'afwezigheid van alle schuld' is niet een 'sluitpost' voor de geschreven excepties, doch dé overkoepelende schulditsluitingsgrond, die in de wet slechts fragmentarisch is geformuleerd; hij dient te worden gelezen als: 'afwezigheid van voldoende strafrechtelijke verwijtbaarheid'.
4. Het nieuwe vóór-ontwerp van de Politiewet blijft terecht uitgaan van het gezagsdualisme over de Nederlandse politie. Daarmee is echter een beheersprimaat voor het bestuur nauwelijks te rijmen.
5. In Boek II van het Burgerlijk Wetboek dient de bepaling te worden opgenomen, dat een vennootschap, die gedurende een aantal jaren geen aangiften bij de vennootschapsbelasting doet (waardoor zij geacht wordt geen activiteiten te hebben ontplooid) van rechtswege is ontbonden.
6. In verband met mogelijke toepassing van voorlopige hechtenis dient aan artikel 226 Wetboek van Strafrecht een nieuw lid te worden toegevoegd:
"Met dezelfde straf wordt gestraft hij, die enige valsheid pleegt in geschriften, terwijl daarvan het te verwachten gevolg kan zijn, dat te weinig belasting wordt geheven, dan wel dat bedrijfsverenigingen worden benadeeld."

7. De onderbezetting van de rechterlijkemacht dient niet (alleen) te worden opgelost door het benoemen van meer magistraten, doch door een voortvarend beleid leidende tot een belangrijke verbetering van de administratieve ondersteuning bij de werkzaamheden.
8. Bij de 'verdere vorming' van de leden van de rechterlijke macht is het van belang, dat eerst de opvatting over de taakvervulling van leden van de zittende en staande magistratuur wordt geëxpliciteerd.
9. Protagoras gaf reeds in de vijfde eeuw vóór Christus uitdrukking aan een beginsel, dat nog steeds niets aan aktualiteit heeft verloren:
"Want niemand straft de schuldige met het oog hierop en om deze reden, dat hij onrecht heeft gedaan, tenzij hij als een wild beest redeloos wraak neemt". (Plato, Protagoras 323)

Bibliotheek K. U. Brabant



17 000 00808129 2

46030



ISBN 90 6092 094 5